

المغنى

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م  
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

عليه تقييده

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرمي  
المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق

فضيلة الأستاذ الشيخ

محمد عبد الوهاب فايد

الجزء العاشر

الناشر

مكتبة القاهرة

لصاحبها، علي يوسف  
بناح، الصارفة، ميدان، القاهرة  
مطبعة رقم ١١٦

### تنبيهات

- (١) اشترك الأستاذ محمود عبد الوهاب فايد في تحقيق الجزء السادس، وقد فانتنا أن نلذه لذلك أو نرمرز إليه، كما فانتنا أن نرمرز أحياناً إلى تحقيقاته بحرف (ف) في الجزء السابع والثامن والتاسع .
- (٢) في الجزء السابع والثامن والتاسع قام الأستاذ محمود فايد بترقيم الآيات وتخريج الأحاديث، والتعليق، ومراجعة المفنى على الشرح الكبير ، وقام الأستاذ عبد القادر عطا بتحقيق النص على المخطوطات ومراجعة تجارب الطبع وبعض التعليقات .
- (٣) الجزء العاشر قام بتحقيقه وترقيم آياته وتخريج أحاديثه والتعليق عليه الأستاذ محمود فايد ، وقام بتصحيحه الأستاذ محمود غانم غيث .

## كتاب النذور

الأصل في النذر الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ( يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ <sup>(١)</sup> ) وقال ( وَلْيُؤْفُوا نَذْوَرَهُمْ <sup>(٢)</sup> ) .

وأما السنة : فروت عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

وعن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم ينجى قوم يندرون ولا يفون ، ويخونون ولا يؤتمنون ، ويشهدون ولا يُستشهدون ، ويظلم فيه السنن » رواها البخاري .

وأجمع المسلمون على صحة النذر في الجملة ، ولزوم الوفاء به .

## ( فصل )

٨١٨١

ولا يستحب . لأن ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النذر وأنه قال : « لا يأتي بخير ، وإنما يُستخرج به من البخيل » متفق عليه ، وهذا نهى كراهة لا نهى تحريم ، لأنه لو كان حراماً لما مدح الموفين به ، لأن ذنبهم في ارتكاب الحزم أشد من طاعتهم في وفائه ، ولأن النذر لو كان مستحباً لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وأفاضل أصحابه .

٢

## ﴿ مسألة ﴾

٨١٨٢

قال : « ومن نذر أن يطيع الله عز وجل ، لزمه الوفاء به ، ومن نذر أن يعصيه لم يعصه ، وكفر كفرته بيمين » .

ونذر الطاعة : الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد وما في هذه المعاني ، سواء نذره مطلقاً بأن يقول : لله علي أن أفعل كذا وكذا ، أو علمته بصفة مثل قوله : إن شغاني الله من علتى ، أو شفى فلاناً ، أو سلم مالى الغائب ، أو ما كان في هذا المعنى ، فأدرك ما أمل بلوغه من ذلك ، فعليه الوفاء به .

ونذر العصية أن يقول: لله على أن أشرب الخمر ، أو أقتل النفس المحرمة ، وما أشبهه ، فلا يفعل ذلك ، ويكفر كفارة يمين .

وإذا قال : لله على أن أركب دابتي ، أو أسكن دارى ، أو ألبس أحسن ثيابى ، وما أشبهه ، لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية ، فإن لم يفعله كفر كفارة يمين ، لأن النذر كاليمين .

وإذا نذر أن يطلق زوجته ، استحب له أن لا يطلقها ، ويكفر كفارة يمين .

وجملته : أن النذر سبعة أقسام :

أحدها : نذر اللجاج والنضب ، وهو الذى يخرج به مخرج اليمين ، للاحث على فعل شيء أو المنع منه ، غير قاصد به للنذر ولا القربة ، فهذا حكم حكم اليمين ، وقد ذكرناه فى باب الأيمان .

القسم الثانى : نذر طاعة وتبرر ، مثل الذى ذكر الخرق ، فهذا يلزم الوفاء به للآيتين والخبرين ، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : التزام طاعة فى مقابلة نعمة استجلبها ، أو نعمة استدفعها ، كقوله : إن شغاني الله فله على صوم شهر ، فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل فى الوجوب بالشرع ، كالصوم والصلاة والصدقة والحج ، فهذا يلزم الوفاء به لإجماع أهل العلم .

النوع الثانى : التزام طاعة من غير شرط ، كقوله ابتداء : لله على صوم شهر ، فيلزمه الوفاء به فى قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أهل العراق ، وظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعض أصحابه : لا يلزم الوفاء به ، لأن أبا هريرة غلام ثعلب قال : النذر عند العرب وعد بشرط ، ولأن ما التزمه الآدمى بموضع يلزمه بالمقد كالبيع والمستأجر ، وما التزمه بغير عوض لا يلزمه بمجرد العقد كالهبة .

النوع الثالث : نذر طاعة لا أصل لها فى الوجوب ، كالأعتكاف وعبادة المريض فيلزم الوفاء به<sup>(١)</sup> لأن النذر فرع على المشروع ، فلا يجب به ما لا يجب له نظير بأصل الشرع .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه »<sup>(٢)</sup> وذمه الذين ينذرون

(١) هنا سقط فى نسخ للفنى المطبوعة وتكملته فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٤٣ والأصل هكذا ( فيلزم الوفاء به عند عامة أهل العلم . وحكى عن أبى حنيفة أنه لا يلزمه الوفاء به لأن النذر فرع على المشروع الخ ) فقوله : ( لأن النذر فرع على المشروع ) تعليل لقول أبى حنيفة أنه لا يلزمه الوفاء به [ وهو الذى سقط ] وليس تعليلًا للقول بلزومه ، وبذلك قول أبى حنيفة يستقيم للفنى ( ف ) .

(٢) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن عائشة بلفظ « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ( ف ) .



ولا يوفون ، وقول الله تعالى : ( وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهُ لَئِنْ آتَيْنَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ \* فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ \* فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ )<sup>(١)</sup>.

وقد صح أن عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم ثلثي نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « أوف بنذرك »<sup>(٢)</sup> ، ولأنه ألزم نفسه قربة على وجه التبرر ، فتلزمه كوضع الإجماع ، وكألو ألزم نفسه أضعية أو أوجب هدياً ، وكالاعتكاف وكالمرة فإنهم قد سلموها وليست واجبة عندهم ، وما ذكره يبطل بهذين الأصلين .

وما حكموه عن أبي عمر لا يصح ، فإن العرب تسمى الملتزم نذراً وإن لم يكن بشرط . قال جميل :

فليت رجالاً فيك قد نذروا دمي      وهما يقتل بإثنين لقـوني<sup>(٣)</sup>

والجمالة وعد بشرط وليست بنذر .

القسم الثالث : النذر المبهم ، وهو أن يقول الله على نذر ، فهذا نجب به الكفارة في قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة ، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس والقاسم وسالم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن ، ولا أعلم فيه مخالفاً إلا الشافعي قال : لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه ، لأن من النذر مالا كفارة فيه .

ولما ما روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كفارة النذر إذا لم يستمه كفارة اليمين » رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب ، ولأنه نص ، وهذا قول من سمينا من الصحابة والتابعين ، ولا نعرف لهم في عصرهم مخالفاً ، فيكون إجماعاً .

القسم الرابع : نذر المعصية ، فلا يحل الوفاء به إجماعاً ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من نذر أن يعمى الله فلا يعصه » ولأن معصية الله لا تحل في حال ، ويجب على الناذر كفارة يمين . روى نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعمران بن حصين وسمرة بن جندب ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وروى عن أحمد ما يدل على أنه لا كفارة عليه ، فإنه قال فيمن نذر ليهدم دار غيره لبننة لبننة ، لا كفارة عليه ، وهذا في معناه . وروى هذا عن مسروق والشعبي ، وهو مذهب مالك والشافعي ، لقول

(١) سورة التوبة : ٧٥ - ٧٧ .

(٢) حديث عمر أنه قال : يارسول الله إنى نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال : أوف بنذرك — أخرجه الشيخان عن ابن عمر ( ف ) .

(٣) البيت في الأغاني ج ٨ ص ٩٩ « وبئين مرخم بثينة وكان جميل يهواها هوى عذرياً » ( ف ) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد » رواه مسلم، وقال « ليس على الرجل نذر فيما لا يملك » متفق عليه، وقال « لا نذر إلا ما ابتغى به وجه الله » رواه أبو داود، وقال « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولم يأمر بكفارة .

ولما نذرت المرأة التي كانت مع الكفار فنجت على ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنجرها قالت يا رسول الله إني نذرت إن أبحاني الله عليها أن أحرها ؟ قال « بئس ماجزيتها، لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد » رواه مسلم، ولم يأمرها بكفارة. وقال لأبي إسرائيل حين نذر أن يقوم في الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم « مسروه فليتكلم واجلس وليستظل وليتم صومه » رواه البخاري<sup>(١)</sup> ولم يأمره بكفارة، لأن النذر التزام الطاعة وهذا التزام معصية، ولأنه نذر غير منعقد فلم يوجب شيئاً كاليمين غير المنعقدة . ووجه الأول : ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين » رواه الإمام أحمد في مسنده وأبو داود في سننه، وقال الترمذي : هو حديث غريب .

وعن أبي هريرة وعمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . روى الجوزجاني بإسناده عن عمران بن حصين قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : النذر نذران : فما كان من نذر في طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء، وما كان من نذر في معصية الله فلا وفاء فيه ويكفره ما يكفر اليمين » وهذا نص، ولأن النذر يمين بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « النذر حلقة »<sup>(٢)</sup> وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشي إلى بيت الله الحرام فلم تطفه « تكفري يمينها » صحيح أخرجه أبو داود، وفي رواية « ولتصم ثلاثة أيام »<sup>(٣)</sup> قال أحمد : إليه اذهب .

وقال ابن عباس في التي نذرت ذبح ابنها : كفرى يمينك . ولوحاف على فعل معصية لزمته الكفارة، فكذلك إذا نذرها .

(١) لفظ البخاري ج ٨ ص ١٧٨ عن ابن عباس قال : بينما النبي صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « مره فليتكلم وليقعد وليتم صومه » ومنه يبين سقوط كلمة ( ويصوم ) من ( المغنى ) ( ف ) .

(٢) روى الطبراني عن عقبة بن عامر « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » ( ف ) .

(٣) روايات أبي داود في الجزء الثاني ص ٢٠٩، ٢١٠ وملخصها أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية غير مختمرة فسأل أخوها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره أنها لا تطيق ذلك فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بأن تختمر وتركب وقال : ( ولتكفر عن يمينها ) وفي رواية ( ولتصم ثلاثة أيام ) وفي رواية ( وتهدى هدباً ) وفي رواية ( ولتهد بدنة ) ( ف ) .

فأما أحاديثهم فمعناها لا وفاء بالنذر في معصية الله ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد جاء مصرحاً به هكذا في رواية مسلم . ويدل على هذا أيضاً أن في سياق الحديث « ولا يمين في قطيعة رحم »<sup>(١)</sup> يعني لا يبرّ فيها . ولولم يبين الكفارة في أحاديثهم فقد بينا في أحاديثنا ، فإن قل ما نذره من المعصية فلا كفارة عليه ، كما لو حلف ليفعلن معصية ففعلها ، ويحتمل أن تلزمه الكفارة حتماً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم عين فيه الكفارة ، ونهى عن فعل المعصية .

القسم الخامس : المباح كلبس الثوب ، وركوب الدابة ، وطلاق المرأة على وجه مباح ، فهذا يتخير الناذر فيه بين فعله فيبرّ بذلك ، لما روى أن امرأة أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدفّ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أوفّر بنذرك »<sup>(٢)</sup> رواه أبو داود ، ولأنه لو حلف على فعل مباح برّ بفعله ، فكذلك إذا نذره ، لأن النذر كاليمين ، وإن شاء تركه وعليه كفارة يمين ، ويتخرج أن لا كفارة فيه ، فإن أصحابنا قالوا فيمن نذر أن يعتكف أو يصلي في مسجد معين : كان له أن يصلي ويعتكف في غيره ولا كفارة ، ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأته الصدقة بثلته بلا كفارة ، وهذا مثله . وقال مالك والشافعي : لا ينعقد نذره ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا نذر إلا فيما ابتنى به وجه الله »<sup>(٣)</sup> .

وقد روى ابن عباس قال : « بينا النبي صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم ، فسأل عنه ، فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : مُروه فليستظل وايجلس وليتكلم وليتم صومه » رواه البخاري .

وعن أنس قال : « نذرت امرأة أن تمشي إلى بيت الله الحرام ، فسئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : إن الله لغني عن مشيها ، مُروها فتركب » قال الترمذي : هذا حديث صحيح ، ولم يأمر بكفارة . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يهادي بين اثنين ، فسأل عنه ، فقالوا : نذر أن يجمع ماشياً ، فقال : إن الله لغني عن تعذيب هذا نفسه ، مُروه فليركب » متفق عليه . ولم يأمره بكفارة ، ولأنه نذر غير موجب لفعل ما نذره ، فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل .

ولنا : ما تقدم في القسم الذي قبله .

فأما حديث التي نذرت المشي فقد أمر فيه بالكفارة في حديث آخر ، وروى عقبة بن عامر « أن أخته

( ١ ) أخرجه أبو داود عن عمران بن حصين ( ف ) .

( ٢ ) في اللسخ ( أوف ) بنذرك والصواب ( أوفى ) بياء الخطابية كما في متن أبي داود ج ٢ ص ٢١٣ ( ف ) .

( ٣ ) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٠٤ عن عبد الله بن عمرو بن العاص ( ف ) .

نذرت أن تمشي إلى بيت الله الحرام ، فمثل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « مَرُوهَا فَلْتَرْكَبْ وَلِتَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهَا » صحيح أخرجه أبو داود ، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ، ويجوز أن يكون الراوي للحديث روى البعض وترك البعض ، أو يكون النبي صلى الله عليه وسلم ترك ذكر الكفارة في بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه في موضع آخر .

ومن هذا القسم إذا نذر فعل مكروه كطلاق امرأته ، فإنه مكروه بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « أَنْبِضِ الْحَلَالَ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقِ » <sup>(١)</sup> فالستحب أن لا ينفى ويكفر ، فإن وفى بنذره فلا كفارة عليه ، والخلاف فيه كالذى قبله .

القسم السادس : نذر الواجب كالصلاة المكتوبة ، فقال أصحابنا : لا ينفق نذره ، وهو قول أصحاب الشافعي ، لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم له ، ويحتمل أن ينفق نذره موجبا كفارة يمين إن تركه ، كما لو حلف على فعله ، فإن النذر كاليمين ، وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم يميناً ، وكذلك لو نذر معصية أو مباحاً لم يلزمه ويكفر إذا لم يفعله .

القسم السابع : نذر المستحيل كصوم أمس ، فهذا لا ينفق ولا يوجب شيئاً ، لأنه لا يتصور انعقاده ولا الوفاء به ، ولو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى . وعند الباب في صحيح المذهب أن النذر كاليمين ، وموجبه موجبها ، إلا في لزوم الوفاء به إذا كان قرينة وأمكنه فعله . ودليل هذا الأصل قول النبي صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشي فلم تطقه « وَلِتَكْفُرْ يَمِينِهَا » وفي رواية « فَلْتَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » قال أحمد : إليه أذهب .

وعن عقبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ » أخرجه مسلم . وقول ابن عباس لقي نذرت ذبح ولدها : كفري بيمينك ، ولأنه قد ثبت أن حكمه حكم اليمين في أحد أقسامه وهو نذر الجحاح ، فكذلك سائر في سوى ما استثناه الشرع .

### ( فصل )

٨١٨٣

وإن نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة ، لزمه فعل الطاعة كما في خبر أبي إسرائيل ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بإتمام الصوم وترك ما سواه لكونه ليس بطاعة . وفي وجوب الكفارة لما تركه الاختلاف الذي ذكرناه . وقد روى عقبة بن عامر قال : نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله الحرام حافهة غير مختمرة ، فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « مَرُ أَخْتُكَ فَلْتَرْكَبْ وَلِتَخْتَمِرْ وَلْتَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » رواه الجوزجاني والترمذي . فإن كان المترك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة ، لأنه نذر واحد فتكون

( ١ ) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر ( ف ) .

كفارته واحدة كاليمين الواحدة على أفعال ، ولهذا لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم أخت عقبة بن عامر في ترك التحنن والاختار بأكثر من كفارة .

### ﴿ مسألة ﴾

٨١٨٤

قال : ﴿ ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزاءه أن يتصدق بثلثه ، كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبي لبابة حين قال : إن من توبتي يا رسول الله أن أنخلع من مالي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يجزئك الثلث ﴾ .

وجملة ذلك : أن من نذر أن يتصدق بماله كله أجزاءه ثلثه ، وبهذا قال الزهري ومالك .

وروى الحسين بن إسحاق الخرق عن أحمد قال : سألت عن رجل قال : جميع ما أملك في المساكين صدقة ؟ قال : كفارته كفارة اليمين . قال : وسئل عن رجل قال : ما برث عن فلان فهو للمساكين ، فذكروا أنه قال : يطعم عشرة مساكين .

وقال ربيعة : يتصدق منه بقدر الزكاة ، لأن المطلق محمول على معهود الشرع ، ولا يجب في الشرع إلا قدر الزكاة .

وعن جابر بن زيد قال : إن كان كثيراً وهو ألفان تصدق بمشرة ، وإن كان متوسطاً وهو ألف تصدق بسبعة ، وإن كان قليلاً وهو خمسمائة تصدق بخمسة . وقال أبو حنيفة : يتصدق بالمال الزكوي كله . وعنه في غيره روايتان :

إحداهما : يتصدق به . والثانية : لا يلزمه منه شيء . وقال النخعي والشافعي : يتصدق بماله كله ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » ، ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لأبي لبابة حين قال : إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال : « يجزئك الثلث » .

وعن كعب بن مالك قال : قلت يا رسول الله إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمسك عليك بعض مالك » متفق عليه . ولأبي داود : « يجزئ عك الثلث » .

فإن قالوا : هذا ليس بنذر ، وإنما أراد الصدقة بجميعه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالافتقار على ثلثه ، كما أمر سعداً حين أراد الوصية بجميع ماله بالافتقار على الوصية بثلثه ، وليس هذا محل النزاع ، إنما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه . قلنا عنه جوابان :

أحدهما : أن قوله « يجزى عنك الثلث » دليل على أنه أتى بلفظ يقتضى الإيجاب ، لأنها إنما تستعمل غالباً في الواجبات ، ولو كان مخيراً بإرادة الصدقة لما لزمه شيء يجزى عنه بعضه .

الثاني : أن منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يمنع أصحابه من القرب ، ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به . وما قاله أبو حنيفة فقد سبق الكلام عليه ، وما قاله ربيعة لا يصح ، فإن هذا ليس بزكاة ولا في معناها ، فإن الصدقة وجبت لإغناء الفقراء ومواساتهم ، وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقريباً إلى الله تعالى . ثم إن المحمول على معهود الشرع المطلق ، وهذه صدقة معينة غير مطقة ، ثم تبطل بما لو نذر صيماً ، فإنه لا يحمل على صوم رمضان وكذلك الصلاة . وما ذكره جابر بن زيد تحكم بنير دليل .

### (فصل)

٨١٨٥

وإذا نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدّر كالف ، فروى عن أحمد أنه يجوز ثلثه ، لأنه مال نذر الصدقة به فأجزأه ثلثه كجميع المال . والصحيح في المذهب لزوم الصدقة بجميعه ، لأنه منذور وهو قربة ، فيلزمه الوفاء به كسائر المنذورات .

ولعموم قوله تعالى : ( يُوفُونَ بِالنَّذْرِ )<sup>(١)</sup> وإنما خولف هذا في جميع المال للأثر فيه ، ولما في الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به ، اللهم إلا أن يكون المنذور هاهنا يستغرق جميع المال فيكون كنذر ذلك . ويحتمل أنه إن كان المنذور ثلث المال فما دون لزمه وفاء نذره ، وإن زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه ، لأنه حكم يعتبر فيه الثلث فأشبه الوصية به .

### (فصل)

٨١٨٦

وإذا نذر الصدقة بقدر من المال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجزئه . وإن كان الغريم من أهل الصدقة ، قال أحمد : لا يجزئه حتى يقبضه ، وذلك لأن الصدقة تقتضى التملك ، وهذا إسقاط ، فلم يجزئه كما في الزكاة .

وقال أحمد : فيمن نذر أن يتصدق بمال وفي نفسه أنه ألف ، أجزأه أن يخرج ما شاء ، وذلك لأن اسم المال يقع على القليل ، وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم ، والنذر لا يلزم بالنية ، والقياس أن يلزمه ما نواه لأنه نوى بكلامه ما يحتمله ، فتعلق الحكم به كاليمين . وقد نذر أحمد فيمن نوى صوماً أو صلاة وفي نفسه أكثر مما يتناوله لفظه أنه يلزمه ذلك ، وهذا كذلك ، والله أعلم .

٨١٨٧

﴿مسألة﴾

قال : ﴿ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام ، كفر كفارة يمين ، وأطعم لكل يوم مسكيناً﴾ .

وجمادته : أن من نذر طاعة لا يطيقها ، أو كان قادراً عليها فمجز عنها ، فعلية كفارة يمين ، لما روى عقبة ابن عامر قال « نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية ، فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاستفتيته فقال : لئيمش ولتركب » متفق عليه . ولأبي داود « وتكفر يمينها » ولترمذي « ولتصم ثلاثة أيام » . وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نذر في معصية الله ، وكفارته كفارة يمين » <sup>(١)</sup> قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود وقال : وقفه من رواه عن ابن عباس . وقال ابن عباس : من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً يطيقه فليطه بما نذر ، فإذا كفر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شيء آخر ، وإن كان صياماً فمن أحد روايتان :

أحدهما : يلزمه لكل يوم إطعام مسكين . قال القاضي : وهذا أصح ، لأنه صوم وجد سبب لإيجابه عيناً ، فإذا عجز عنه لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكيناً كصيام رمضان ، ولأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على الممهود شرعاً ، ولو عجز عن الصوم المشروع أطعم عن كل يوم مسكيناً ، وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور .

والثانية : لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره ، لقوله عليه السلام : « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته ، ولأنه نذر عجز عن الوفاء به ، فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر النذور ، ولأن موجب النذر موجب اليمين ، إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قرينة ، ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجبهين :

أحدهما : أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت ، فكذلك في الحياة ، وهذا بخلافه ، ولأن صوم رمضان آكد ، بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه ، وعظم إثم من أنظر بهير عذر .

والثاني أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع ، ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة فأجزأت عنه بخلاف المشروع .

وقولهم : إن المطلق من كلام الآدمي محمول على الممهود في الشرع .

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن عائشة (ف) .

قلنا : ليس هذا بمطلق ، وإما هو مندور معين ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة في المعجز عنه كافى  
المعجز الواجب بأصل الشرع .

( فصل )

٨١٨٨

وإن عجز لعارض يرجى زواله من مرض أو نحوه ، انتظر زواله ، ولا تلزمه كفارة ولا غيرها ، لأنه  
لم يفت الوقت ، فيشبه المريض في شهر رمضان ، فإن استمر معجزه إلى أن صار غير مرجو الزوال صار  
إلى الكفارة والفدية على ما ذكرنا من اختلاف فيه ، فإن كان المعجز المرجو الزوال عن صوم معين  
فات وقته انتظر الإمكان ليقضيه ، وهل تلزمه لقوات الوقت كفارة ؟ على روايتين ؛ ذكرهما أبو الخطاب :  
إحداها : يجب الكفارة ، لأنه أخل بما نذره على وجهه فلزمته الكفارة ، كما لو نذر المشى إلى بيت  
الله الحرام فمعجز ، ولأن النذر كاليمين ، ولو حلف ليصوم هذا الشهر فأفطره لعذر لزمته كفارة ،  
كذا ها هنا .

والثانية : لا تلزمه ، لأنه أتى بصيام أجزاء عن نذره ، من غير تقريط منه ، فلم تلزمه كفارة يمين ، كما لو  
صام ما عيَّنه .

( فصل )

٨١٨٩

وإن نذر غير الصيام فمعجز عنه ، كالصلاة ونحوها ، فليس عليه إلا الكفارة ، لأن الشرع لم يجعل  
لذلك بدلا يصار إليه ، فوجب الكفارة لخالفته نذره فقط ، وإن عجز عنه لعارض فحكمه حكم الصيام سواء  
فيما فصلناه .

﴿ مسألة ﴾

٨١٩٠

قال ﴿ وإذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً ولم ينوّه ، فأقل ذلك صيام يوم ، وأقل الصلاة ركعتان ﴾ .  
أما إذا نذر صياماً مطلقاً ، فأقل ذلك يقوم صيام يوم ، لا خلاف فيه ، لأنه ليس في الشرع صوم مفرد  
أقل من يوم فيلزمه ، لأنه اليقين ، وأما الصلاة ففيها روايتان :

إحداها : يجزئه ركعة ، نقلها إسماعيل بن سعيد ، ولأن أقل الصلاة ركعة ، فإن الوتر صلاة مشروعة  
وهي ركعة واحدة ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تطوع بركعة واحدة .

والثانية : لا يجزئه إلا ركعتان ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان ، فوجب  
حل النذر عليه ، وأما الوتر : فهو نفل ، والنذر فرض ، فحمله على المفروض أولى ، ولأن الركعة لا تجزئ  
في الفرض ، فلا تجزئ في النفل كالسجدة . وللشافعي قولان كالروايتين ، فأما إن عيّن بنذره عدداً لزمه قل



أو أكثر، لأن النذر ثابت بقوله ، وكذلك عدده ، فإن نوى عدداً فهو كالو ساء ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فلزمه حكمه كاليمين .

## مسألة

٨١٩١

قال : ( وإذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام لم يجزئه إلا أن يمشي في حج أو عمرة ، فإن عجز عن المشي ركب وكفر كفارة يمين ) .

وجملته : أن من نذر المشي إلى بيت الله الحرام لزمه الوفاء بنذره ، وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى »<sup>(١)</sup> ولا يجزئه المشي إلا في حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن المشي المهود في الشرع هو المشي في حج أو عمرة ، فإذا أطلق الناذر حمل على المهود الشرعي ، ويلزمه المشي فيه لنذره ، فإن عجز عن المشي ركب وعليه كفارة يمين .

وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه دم ، وهو قول للشافعي ، وأنتى به عطاء ، لما روى ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت المشي إلى بيت الله الحرام ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هدياً » رواه أبو داود وفيه ضعف ، ولأنه أخلّ بواجب في الإحرام ، فلزمه هدي كقارئك الإحرام من الميقات . وعن ابن عمر وابن الزبير قالا : يجمع من قابل ويركب ما مشى ويمشي ما ركب . ونحوه قال ابن عباس وزاد فقال : ويهدي . وعن الحسن مثل الأقوال الثلاثة . وعن النخعي روايتان : إحداهما : كقول ابن عمر .

والثانية : كقول ابن عباس ، وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة : عليه هدي ، سواء عجز عن المشي أو قدر عليه ، وأقل الهدى شاة ، وقال الشافعي : لا تلزمه مع المعجز كفارة بحال ، إلا أن يكون النذر مشياً إلى بيت الله ، فهل يلزمه هدي ؟ فيه قولان . وأما غيره فلا يلزمه مع المعجز شيء .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم حين قال لأخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي إلى بيت الله « لتمشي وتركب وتكفّر عن يمينها » وفي رواية « فلتصم ثلاثة أيام » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كفارة

<sup>(١)</sup> أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن أبي سعيد ، وأخرجوه عن الترمذي ، وأخرجه أبو داود والنسائي كذلك عن أبي هريرة (ف) .

النذر كفارة اليمين»<sup>(١)</sup> ولأن المشى مما لا يوجبه الإحرام ، فلم يجب الدم بتركه ، كما لو نذر صلاة ركعتين وتركهما ، وحديث المسدي ضعيف . وهذا حجة على الشافعي حيث أوجب السكفارة عليها من غير ذكر المعجز .

فإن قيل : فإن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب السكفارة عليها من غير ذكر المعجز .

قلنا : يتعين حمله على حالة المعجز ، لأن المشى قربة ، لأنه مشى إلى عبادة ، والمشي إلى العبادة أفضل . ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يركب في عيد ولا جنازة ، فلو كانت قادرة على المشى لأمرها به ولم يأمرها بالركوب والتكفير ، ولأن المشى المقدور عليه لا يخلو من أن يسكون واجباً أو مباحاً . فإن كان واجباً لزم الوفاء به ، وإن كان مباحاً لم تجب السكفارة بتركه عند الشافعي ، وقد أوجب السكفارة هاهنا وترك ذكره في الحديث ، إما لعلم النبي صلى الله عليه وسلم بحالها وعجزها ، وإما لأن الظاهر من حال المرأة المعجز عن المشى إلى مكة ، أو يكون قد ذكر في الخبر فترك الراوى ذكره .

وقول أصحاب أبي حنيفة : إنه أخل بواجب في الحج .

قلنا : المشى لم يوجبه الإحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدى ، كما لو نذر صلاة ركعتين في الحج فلم يصلهما ، فأما إن ترك المشى مع إمكانه فقد أساء وعليه كفارة أيضاً لتركه صفة النذر . وقياس المذهب أن يلزمه استئناف الحج ماشياً لتركه صفة المنذور ، كما لو نذر صوماً متتابعاً فأتى به متفرقاً ، وإن عجز عن المشى بعد الحج كفر وأجزأه ، وإن مشى بعض الطريق وركب بعضاً . فعلى هذا القياس يحتمل أن يكون كقول ابن عمر ، وهو أن يحج يمشى ما ركب ويركب ما مشى . ويحتمل أن لا يجوز له إلا حج يمشى في جميعه ، لأن ظاهر النذرية تقتضي هذا .

ووجه القول الأول : أنه لا يلزمه بترك المشى المقدور عليه أكثر من كفارة ، لأن المشى غير مقصود في الحج ، ولا ورد الشرع باعتباره في موضع ، فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة ، كما لو نذر التحفي وشبهه ، وفارق التتابع في الصيام ، فإنها صفة مقصودة فيه ، اعتبرها الشرع في صيام الكفارات : كفارة الظهار والجماع واليمين .

## (فصل)

٨١٩٢

فإن نذر الحج راكباً لزمه الحج كذلك ، لأن فيه إنفاقاً في الحج ، فإن ترك الركوب فعليه كفارة .

(١) ورد « كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين » أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن عقبة بن عامر ، وورد « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة ورد « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » وقد خرجناه (ف) .

وقال أصحاب الشافعي : يلزمه دم لترقبه بترك الإنفاق . وقد تبيننا أن الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدى ، إلا أن هذا إذا مشى ولم يركب مع إمكانه لم يلزمه أكثر من كفارة ، لأن الركوب في نفسه ليس بطاعة ولا قربة ، وكل موضع نذر المشى فيه أو الركوب فإنه يلزمه الإنيان بذلك من دورة أهله ، إلا أن ينوى موضعاً بعينه فيلزمه من ذلك الموضع ، لأن النذر محمول على أصله في الفرض ، والحج المفروض بأصل الشرع يجب كذلك ، ويحرم للمندور من حيث يحرم للواجب . قال بعض الشافعية : يجب الإحرام من دورة أهله ، لأن إتمام الحج كذلك .

ولنا : أن المطلق محمول على المعمود في الشرع ، والإحرام الواجب إنما هو من الميقات ، ويلزمه المندور من المشى أو الركوب في الحج أو العمرة إلى أن يتحلل ؛ لأن ذلك انتضاء الحج والعمرة . قال أحمد : يركب في الحج إذا رمى ، وفي العمرة إذا سعى ، لأنه لو وطئ بعد ذلك لم يفسد حجاً ولا عمرة ، وهذا يدل على أنه إنما يلزمه في الحج التحلل الأول

## (فصل)

٨١٩٣

وإذا نذر المشى إلى بيت الله أو الركوب إليه ، ولم يُرد بذلك حقيقة المشى والركوب إنما أراد إتيانه لزمه إتيانه ، في حج أو عمرة ، ولم يتمين عليه مشى ولا ركوب ، لأنه حتى ذلك بنذره وهو محتمل له فأشبهه ما لو صرح به . ولو نذر أن يأتي بيت الله الحرام أو يذهب إليه لزمه إتيانه في حج أو عمرة . وعن أبي حنيفة لا يلزمه شيء ، لأن مجرد إتيانه ليس بقربة ولا طاعة .

ولنا : أنه علق نذره بوصول البيت فلزمه ، كما لو قال : لله على المشى إلى الكعبة . إذا ثبت هذا فهو مخير في المشى والركوب ، وكذلك إذا نذر أن يحج البيت أو يزوره ، لأن الحج يحصل بكل واحد من الأمرين فلم يتمين أحدهما . وإن قال : لله على أن آتى البيت الحرام غير حاج ولا معتمر ؛ لزمه الحج والعمرة وسقط شرطه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن قوله : لله على أن آتى البيت يقتضى حجاً أو عمرة ، وشرط سقوط ذلك يناقض نذره فسقط حكمه .

## (فصل)

٨١٩٤

إذا نذر المشى إلى البلد الحرام ، أو بقعة منه كالصفا والمروة وأبي قُبَيْس ، أو موضع في الحرم ، لزمه الحج أو عمرة ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه إلا أن ينذر المشى إلى الكعبة أو إلى مكة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن نذر للمشى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام كقولنا ، وفي باقي الصور كقول أبي حنيفة .

ولنا : أنه نذر المشى إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة . فأما إن نذر المشى إلى غير الحرم كمعرفة

ومواقيت الإحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح . وكذلك إن نذر إتيان مسجد سوى للمسجد الثلاثة لم يلزمه إتيانه ، وإن نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشى ، ففي أى موضع صلى أجزاءه ، لأن الصلاة لا تخص مكاناً دون مكان ، فلزمته الصلاة دون الموضع . ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن الليث فإنه قال : لو نذر صلاة أو صياماً بموضع لزمه فعله في ذلك الموضع ، ومن نذر المشى إلى مسجد مشى إليه . قال الطحاوى : ولم يوافقه على ذلك أحد من المتقدمين ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى » متفق عليه ، ولو لزمه المشى إلى مسجد بعيد لشد الرحل إليه ، ولأن العبادة لا تختص بمكان دون مكان ، فلا يكون فعلها فيما نذر فعلها فيه قرينة فلا تلزمه بنذره ، وفارق ما لو نذر للعبادة في يوم بعينه لزمه فعلها فيه ، لأن الله تعالى عيّن لعبادته زمناً ووقتاً معيناً ، ولم يمتن لها مكاناً وموضعاً ، والنذور مردودة إلى أصولها في الشرع ، فتميزت بالزمان دون المكان .

## (فصل)

٨١٩٥

وإن نذر المشى إلى بيت الله تعالى ولم ينبو به شيئاً ولم يعينه ، انصرف إلى بيت الله الحرام ، لأنه المخصوص بالقصد دون غيره ، وإطلاق بيت الله ينصرف إليه دون غيره في العرف ، فنصرف إليه إطلاق النذر .

## (فصل)

٨١٩٦

وإن نذر المشى إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو المسجد الأقصى لزمه ذلك ، وبهذا قال مالك والأوزاعي وأبو عبيد وابن المنذر ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يبين لي وجوب المشى إليهما ، لأن البرز إتيان بيت الله فرض ، والبرز إتيان هذين نفل .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى » ولأنه أحد المساجد الثلاثة ، فيلزم المشى إليه بالنذر كالسجدة الحرام ولا يلزم ما ذكره ، لأن كل قرينة تجب بالنذر ، وإن لم يكن لها أصل في الوجوب ، كعمادة المريض وشهود الجنائز . ويلزمه بهذا النذر أن يصلى في الموضع الذي أتاه ركعتين ، لأن القصد بالنذر القرينة والطاعة ، وإنما تحصيل ذلك بالصلاة ، فتضمن ذلك نذره ، كما يلزم ناذر المشى إلى بيت الله الحرام أحد النسكين . ونذر الصلاة في أحد المسجدين كنذر المشى إليه ، كما أن نذر أحد النسكين في المسجد الحرام كنذر المشى إليه .

وقال أبو حنيفة : لا تتمتع عليه الصلاة في موضع بالنذر ، سواء كان في المسجد الحرام أو غيره ، لأن ما لا أصل له في الشرع لا يجب بالنذر ، بدليل نذر الصلاة في سائر المساجد .

ولنا : ماروى أن عمر قال « يارسول الله إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » متفق عليه . ولأن الصلاة فيها أفضل من غيرها ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » متفق عليه . وروى عنه صلى الله عليه وسلم « صلاة في المسجد الحرام بمائة ألف صلاة<sup>(١)</sup> » وإذا كان فضيلة وقربة لزم بالنذر ، كما لو نذر طول القراءة ، وما ذكره يبطل بالعمرة ، فلها نلزم بنذرها وهي غير واجبة عندهم .

(فصل)

٨١٩٧

وإذا نذر الصلاة في المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة في غيره ، لأنه أفضل المساجد وخيرها ، وأكثرها ثواباً للصلى فيها ، وإن نذر الصلاة في المسجد الأقصى أجزأته الصلاة في المسجد الحرام ، لما روى جابر « أن رجلاً قام يوم الفتح فقال يارسول الله إني نذرت إن فتح الله عليك أن أصلي في بيت المقدس ركعتين ، قال : صل هاهنا ، ثم أعاد عليه ، فقال : صل هاهنا ، ثم أعاد عليه ، قال : صل هاهنا ، ثم أعاد عليه ، فقال : شأنك » رواه أبو داود . ورواه الإمام أحمد ونقله « والذي نفسى بيده لو صليت هاهنا لأجزأ عنك كل صلاة في بيت المقدس » .

وإن نذر إتيان المسجد الأقصى وللصلاة فيه ، أجزأته الصلاة فيه وفي مسجد المدينة لأنه أفضل ، وإن نذر ذلك في مسجد المدينة لم يجزئه فعله في المسجد الأقصى ، لأنه مفضل ، وقد سبق هذا في باب الاعتكاف .

(فصل)

٨١٩٨

وإن أقصد الحج المنذور ماشياً وجب القضاء ماشياً ، لأن القضاء يكون على صفة الأداء ، وكذلك إن فاتته الحج ، لكن إن فاتته الحج سقط توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة ومنى والرمي وتحلل بعمرة ، ويمشى بالحج الفاسد ماشياً حتى يتحلل منه .

﴿ مسألة ﴾

٨١٩٩

قال ﴿ وإذا نذر عتق رقبة فهي التي تجزىء عن الواجب ، إلا أن يكون نوى رقبة بعينها ﴾ .

يعنى لا تجزئه إلا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ، وهي التي تجزىء في الكفارة ، لأن النذر المطلق يحمل على الممهود في الشرع ، والواجب بأصل الشرع كذلك ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . والوجه الآخر : يجزئه أى رقبة كانت ، صحيحة أو معيبة ، مسلمة أو كافرة ، لأن الاسم يتناول جميع ذلك .

(١) ورد « صلاة في المسجد الحرام مائة ألف صلاة » أخرجه البيهقي عن جابر ، وورد « صلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه » أخرجه أحمد وابن ماجه عن جابر (ف) .

ولنا : أن المطلق يحمل على معهود الشرع ، وهو الواجب في الكفارة . وما ذكره يبطل بنذر المشي إلى بيت الله الحرام ، فإنه لا يحمل على ما تناوله الاسم ، فأما إن نوى رقبة بعينها أجزاء عتقها أى رقبة كانت ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، وإن نوى ما يقع عليه اسم الرقبة أجزاء ما نواه لما ذكرناه أن المطلق يتقيد بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية . قال أحمد فيمن نذر عتق عبد بعينه فمات قبل أن يعتقه : تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد ، لأن هذا شيء فاته على حديث عقبة بن عامر ، وإليه أذهب في الفائت وما عجز عنه .

## (فصل)

٨٢٠٠

وإذا نذر هدياً مطلقاً لم يجزئ إلا ما يجزئ في الأضحية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، لأن المطلق يحمل على معهود الشرع . وإن عين الهدى بلفظه أو نيته أجزاء ما عينه ، صغيراً كان أو كبيراً ، جليلاً كان أو حقيراً ، لأن ذلك يسمى هدياً . قال النبي صلى الله عليه وسلم « من راح في الساعة الخامسة فسكناً ما أهدى بيضة<sup>(١)</sup> » وإنما صرفنا المطلق إلى معهود الشرع لأنه غلب على الاسم ، كما لو نذر أن يصلي لزمته صلاة شرعية دون اللغوية ، وإن قال : لله على أن أهدى بدنة أو بقرة ، أو قال شاة ، لزمه أقل ما يجزئ من ذلك الجنس الذي عينه ، فإن نذر بدنة أجزاء ثلثة من الإبل أو ثنى ، فإن لم يجد من الإبل فبقرة ، فإن لم يجد فسبع من الغنم ، لأن النذر محمول على معهود الشرع ، وقد تقرر في الشرع أن البقرة تقوم مقام البدنة ، وكذلك سبع من الغنم ، فإن أراد إخراج البقرة أو الغنم مع القدرة على البدنة فقال القاضي : لا يجزئ ، وهو المنصوص عن الشافعي ، والذي يقتضيه مذهب الخرقى جواز ذلك ، لقوله : ومن وجب عليه بدنة فذبح سبعاً من الغنم أجزاء ، فإن نوى بنذره بدنة من الإبل ، لم يجزئه غيرها مع وجودها وجهاً واحداً ، لأنها وجبت بإيجابه ، بخلاف ما إذا أطلق ، فإنها انصرفت إلى الإبل بمعهود الشرع ، ومعهود الشرع فيها أن تقوم البقرة مقامها . فأما إن نواه من الإبل أو غيره ، ففقتضى المذهب أنه لا يقوم غيرها مقامها كسائر المنذورات ، وكذلك إن صرح بها في نذره ، مثل أن يقول : لله على أن أهدى ناقه ، ويحتمل أن تقوم البقرة مقامها عند عدمها ، لأنها تعينت هدياً شرعياً ، والهدى الشرعى له بدل .

(١) من حديث رواه أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح إلى الجمعة فسكناً ما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فسكناً ما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فسكناً ما قرب كبشاً أقرن ، ومن راح في الساعة الرابعة فسكناً ما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فسكناً ما قرب بيضة ، فإذا خرج الإمام حضرت ثلاثمائة تسلمون الله كر » أخرجه الستة (ف) .

٨٢٠١

( فصل )

ومن نذر هدياً لزمه إيصاله إلى مساكن الحرم ، لأن إطلاق الهدى يقتضى ذلك . قال الله تعالى ( هَذَا بِإِغْ الْكَعْبَةِ )<sup>(١)</sup> فَإِنْ عَيْنٌ شَيْئًا بَنَدَرَهُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَهْدِي شَاةً أَوْ ثَوْبًا أَوْ بُرًّا أَوْ ذَهَبًا ، فَكَانَ مِمَّا يَنْقَلُ ، حَمْلٌ إِلَى الْحَرَمِ فَفَرَّقَ فِي مَسَاكِينِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَنْقَلُ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : اللَّهُ عَلَى أَنْ أَهْدِي دَارِي هَذِهِ أَوْ أَرْضِي أَوْ شَجَرَتِي هَذِهِ ، يَبِيعُ وَبِعْتُ بِشَيْئِهَا إِلَى الْحَرَمِ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِهْدَاؤُهُ بِعَيْنِهِ ، فَانْصَرَفَ بِذَلِكَ إِلَى بَدَلِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَهُ فِي امْرَأَةٍ نَذَرَتْ أَنْ تَهْدِيَ دَارًا فَقَالَ : تَبِيعُهَا وَتَقْصِدُ بِشَيْئِهَا عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمَنْذُورُ مِمَّا يَنْقَلُ لَسَكَنَ يَشُقُّ نَقْلُهُ ، كَخَشَبَةٍ ثَقِيلَةٍ ، فَإِنَّهُ يَبِيعُهَا ، لِأَنَّهُ أَحْظَ لِلْمَسَاكِينِ مِنْ نَقْلِهَا . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا كَلْفَةَ فِي نَقْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَفْرِيقُهُ بِنَفْسِهِ وَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَيْعِ نَظَرًا إِلَى الْحِظِّ لِلْمَسَاكِينِ فِي بَيْعِهِ فِي بَلَدِهِ أَوْ نَقْلِهِ لِبَيْعِ ثَمٍّ ، وَإِنْ اسْتَوَى الْأَمْرَانِ بَيْعٌ فِي أَيْ مَوْضِعٍ شَاءَ .

٨٢٠٢

( فصل )

وإن نذر أن يهدي إلى غير مكة ، كالدينة أو النذور ، أو يذبح بها ، لزمه الذبح وإيصال ما أهداه إلى ذلك المكان ، وتفرقة الهدى ولحم الذبيحة على أهله ، إلا أن يكون بذلك المكان ما لا يجوز النذر له ، ككنيسة أو صنم أو نحوه مما يعظمه الكفار أو غيرهم مما لا يجوز تعظيمه ، كشجرة أو قبر أو حجر أو عين ماء ونحو ذلك ، لما روى أبو داود قال « نذر رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفتخر بإبلا بَبَوَانَةٍ<sup>(٢)</sup> ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : هَلْ كَانَ بِهَا وَثْنٌ مِنْ أَوْثَانِ الْجَاهِلِيَّةِ يَعْبُدُونَ ؟ قَالُوا : لَا ، قَالَ : هَلْ كَانَ فِيهَا عِيدٌ مِنْ أَعْيَادِهِمْ ؟ قَالُوا : لَا ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَوْفَ بِنَذْرِكَ » وَلَئِنْ ضَمِنَ نَذْرَهُ نَفَعَ قَرَاءَ ذَلِكَ الْبَلَدِ بِإِيصَالِ الْلَحْمِ إِلَيْهِمْ ، وَهَذِهِ قُرْبَةٌ فَتَلْزِمُهُ ، كَمَا لَوْ نَذَرَ التَّصَدَّقَ عَلَيْهِمْ .

فإن كان بها شيء مما ذكرنا لم يميز النذر ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « هل كان بها وثن أو عيد من أعياد الجاهلية ؟ » وهذا يدل على أنه لو كان بها ذلك لمنعه من الوفاء بنذره ، ولأن في هذا تعظيماً لغير ما عظم الله ، يشبه تعظيم الكفار للأصنام ، فحرم كتعظيم الأصنام ، ولذلك لعن النبي صلى الله عليه وسلم المتخذات<sup>(٣)</sup> على القبور المساجد والسرر وقال « لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد »<sup>(٤)</sup> يحذر

(١) سورة المائدة آية ٩٥ .

(٢) بوانة : بضم الباء وقيل بفتحها هضبة من وراء يلبع (ف)

(٣) أخرج أبو داود والترمذي والنسائي والحاكم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« لعن الله زائرات القبور والتخذين عليها للمساجد والسرر » (ف) (٤) أخرجه النسائي عن أبي هريرة (ف)

مثل ما صنعوا . وعلى هذا نذر الشمع والزيت وأشباهه للأماكن التي فيها القبور لا يصح .

٨٢٠٣

(فصل)

وإن نذر الذبح بمكة فهو كنذر الهدى إليها، لأن مطلق النذر محمول على معهود الشرع، ومعهود الشرع في الذبح الواجب بها أن يفرق اللحم بها .

٨٢٠٤

(مسألة)

قال ( وإذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان ، فقدم أول يوم من شهر رمضان ، أجزأه صيامه لرمضان ونذره )

ظاهر كلام الخرقى : أن نذر هذا منقطع ، لكن صيامه يجزىء عن النذر ورمضان ، وهو قول أبي يوسف ؛ وهو قياس قول ابن عباس وعكرمة ، لأنه نذر صوماً في وقت وقد صام فيه ، وقال القاضي : ظاهر كلام الخرقى أن النذر غير منقطع ، لأن نذره وافق زمناً يستحق صومه ، فلم ينقطع نذره كنذر صوم رمضان قال : والصحيح عندي صحة النذر ، لأنه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالباً فانهقد كالموافق لشعبان . فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضى ويكفر ، وهذا اختيار أبي بكر . ونقل جعفر بن محمد عن أحمد : أن عليه القضاء . وقول الخرقى أجزأه صيامه لرمضان ونذره ، دليل على أن نذره انقطع عنده ، لولا ذلك لما كان صومه عن نذره .

وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر ، وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر ، وهذا مثل قول الخرقى .

وروى عكرمة عن ابن عباس في رجل نذر أن يحج ولم يكن حج الفريضة ، قال : يجزىء لما جميعاً . وعن عكرمة أنه سئل عن ذلك ، فقال عكرمة : يقضى حجته عن نذره وعن حجة الإسلام ، رأيتم لو أن رجلاً نذر أن يصلي أربع ركعات فصلى العصر ، أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال : فذكرت قولى لابن عباس ، فقال : أصبت وأحسن .

وقال ابن عمر وأنس وعروة : يبدأ بحجة الإسلام ثم يحج لنذره ، وفائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه ، وأنه لو لم يتوه لنذره لزمه قضاؤه ، وعلى هذا لو وافق نذره بعض رمضان وبعض شهر آخر إما شعبان وإما شوال ، لزمه صوم ما خرج من رمضان ويقتضيه رمضان . ولو قال : لله على صوم رمضان ، فعلى قياس قول الخرقى يصح نذره ويجزئه صيامه عن الأمرين وتلزمه الكفارة إن أخل به ، وعلى قول القاضي : لا ينقطع نذره ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لا يصح صومه عن النذر فأشبهه الليل .



ولنا : أن النذر يمين ، فينمقد في الواجب موجبا للكفارة كاليمين بالله تعالى .

( فصل )

٨٢٠٥

ونقل عن أحمد فيمن نذر أن يحج العام وعليه حجة الإسلام روايتان :

إحداها : تجزئه حجة الإسلام عنها وعن نذره ، نقلها أبو طالب .

والثانية : ينمقد نذره موجبا لحجة غير حجة الإسلام ، يبدأ بحجة الإسلام ثم يقضى نذره ، نقلها ابن منصور ، لأنهما عبادتان تجبان بسببين مختلفين ؛ فلم يسقط إحداها بالأخرى ، كالأول نذر حجتين . ووجه الأول أنه نذر عبادة في وقت معين وقد أتى بها فيه ، فأشبهه ما لو قال الله على أن أصوم رمضان .

( فصل )

٨٢٠٦

فإن قال : الله على أن أصوم شهرا ، فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه ، لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ، ونذره يقتضى إيجاب شهر ، فيجب شهران بسببين ، ولا يجزئ أحدهما عن الآخر ، كالأول نذر صوم شهرين ، وكأول نذر أن يصلي ركعتين ، لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن صلاة الفجر .

﴿ مسألة ﴾

٨٢٠٧

قال ﴿ وإذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان ، فقدم يوم فطر أو أضحى ، لم يصمه ، وصام يوما مكانه ، وكفر كفارة يمين ﴾

وجاهته : أن من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فإن نذره صحيح . وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يصح نذره . لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح ، كالأول قال : الله على أن أصوم اليوم الذي قبل اليوم الذي يقدم فيه .

ولنا : أنه زمن صح فيه صوم التطوع ، فانمقد نذره لصومه ، كالأول أصبح صائما تطوعا قال : الله على أن أصوم يومى . وقولهم : لا يمكن صومه لا يصح ، فإنه قد يعلم اليوم الذي يقدم فيه قبل قدومه فينوى صومه من الليل ، لأنه قد يجب عليه ما لا يمكنه ، كالصبي يبلغ في أثناء يوم من رمضان ، أو الحائض تطهر فيه . ولا نسلم ما قاسوا عليه إذا ثبت صحته ولا يخلو من أقسام خمسة :

أحدها : أن يعلم قدومه من الليل فينوى صومه ، ويكون يوما يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه ، لأنه وفي بنذره .

الثاني : أن يقدم يوم فطر أو أضحى ، فاختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة ، فمنه : لا يصومه ويقضى وبكفر ، نقله عن أحمد جماعة ، وهو قول أكثر أصحابنا ، ومذهب الحكم وحامد .

الرواية الثانية : يقضى ولا كفارة عليه ، وهو قول الحسن والأوزاعي وأبي عبيد وقتادة وأبي ثور وأحد قولي الشافعى ، فإنه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه ، كما لو تركه نسياناً ، ولم تلزمه كفارة ، لأن الشرع منعه من صومه ، فهو كالمُكره .

وعن أحمد رواية ثالثة : إن صامه صح صومه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه وفى بما نذر ، فأشبهه ما لو نذر معصية ففعلها ، ويتخرج أن يكفر من غير قضاء . لأنه وافق يوماً صومه حرام فكان موجباً للكفارة ، كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها . ويتخرج أن لا يلزمه شيء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية ، وهذا قول مالك والشافعى فى أحد قوليه بناء على نذر المعصية .

ووجه قول الخرقى : أن النذر يتعقد لأنه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً ، كما لو وافق غير يوم العيد . ولا يجوز أن يصوم يوم العيد ، لأن الشرع حرم صومه ، فأشبهه زمن الحيض . ولزمه القضاء ، لأنه نذر منعقد ، وقد فاته الصيام بالعدر ، ولزمته الكفارة لقواته ، كما لو فاته بمرض ، وإن وافق يوم حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو أضحى ، إلا أنه لا يصومه بغير خلاف فى المذهب ولا بين أهل العلم .

الثالث : أن يقدم فى يوم يصح صومه والناذر مفطر ، ففيه روايتان :

إحداها : يلزمه القضاء والكفارة ، لأنه نذر صوماً نذراً صحيحاً ولم يف به ، فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه ترك المنذور لعذر .  
والثانية : لا يلزمه شيء من قضاء ولا غيره ، وهو قول أبى يوسف وأصحاب الرأى وابن المنذر ، لأنه قدم فى زمن لا يصح صومه فيه ، فلم يلزمه شيء كما لو قدم ليلاً .

الرابع : قدم والناذر صائم فلا يخلو من أن يكون تطوعاً أو فرضاً ، فإن كان تطوعاً فقال القاضى : يصوم بقیته ويعتده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه يمكن صوم يوم بمضه تطوع وبمضه واجب ، كما لو نذر فى أثناء التطوع لإتمام صوم ذلك اليوم ، وإنما وجد سبب الوجوب فى بمضه . وذكر القاضى احتمالاً آخر أنه يلزمه القضاء والكفارة ، لأنه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان . وذكر أبو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين . وعند الشافعى عليه القضاء فقط ، كما لو قدم وهو مضطر ، ويتخرج لنا مثله . وأما إن كان الصوم واجباً فخكمه حكم المسألة التى قبل هذه وقد ذكرناه . وإن قدم وهو ممسك لم ينو الصيام ولم يفعل ما يفطره ، فخكمه حكم الصائم تطوعاً .

الخامس : أن يقدم ليلاً فلا شيء عليه فى قولهم جميعاً ، لأنه لم يقدم فى اليوم ولا فى وقت يصح فيه الصيام .

## ﴿فصل﴾

٨٢٠٨

وإن قال: لله على صوم يوم العيد ، فهذا نذر معصية ، على نذره الكفارة لا غير ، نقلها حنبل عن أحمد .  
وفيه رواية أخرى أن عايه القضاء مع الكفارة كالمسألة المذكورة ، والأولى هي الصحيحة ، قاله القاضي ،  
لأن هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصي ، وفارق المسألة التي قبلها ، لأنه لم يقصد بنذره المعصية ،  
وإنما وقع اتفاقاً ، وهاهنا تيممها بالنذر فلم ينعقد نذره ، ويدخل في قوله عليه السلام « لا نذر في معصية »  
ويخرج ألا يلزمه شيء بناء على نذر المعصية فيما تقدم ، وإن نذرت المرأة صوم يوم حيضها ونفاسها فعليها  
الكفارة لا غير ، ولم أعلم عن أصحابنا في هذا خلافاً .

## ﴿مسألة﴾

٨٢٠٩

قال ﴿ وإن وافق قدومه يوماً من أيام التشريق ، صامه في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله .  
والرواية الأخرى لا بصومه ، وبصوم يوماً مكانه ، ويكفر كفارة يمين ﴾ .  
اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في صيام أيام التشريق عن الفرض ، وقد ذكرنا ذلك في الصيام .  
فإن قلنا : يصومها عن الفرض صامها هاهنا وأجزأته ، وإن قلنا : لا يصومها ، فحكمه حكم من وافق يوم  
للعيد وقد مضى .

## (فصل)

٨٢١٠

وإن قال: لله على صوم يوم يقدم فلان أبداً ، أو قال: لله على صوم يوم كل خيس أبداً ، لزمه ذلك  
في المستقبل . فأما اليوم الذي يقدم فيه فقد مضى بيان حكمه ، ولا يدخل في نذره ذلك اليوم من شهر  
رمضان ، لأن رمضان لا يتصور انفكاكه عن دخول ذلك اليوم فيه ، ولا يمكنه صومه عن غير رمضان ،  
لأنه لا يقبل ذلك ، ويحییء على قول انطرق أن يدخل في نذره ويميزه صومه لرمضان ونذره ، وإن وافق  
يوم عيد ، أو يوماً من أيام التشريق ، أو يوم حيض ، فقيه من الاختلاف ما قد مضى . وإن وجب عليه  
صوم شهرين عن كفارة الظهار أو نحوه صامهما عن الكفارة دون النذر ، لأنه متى نوى النذر في ابتداءهما  
انقطع التتابع فلا يقدر على التكفير ، فينثذ بقضی نذره ويكفر ، لأنه ترك صوم النذر مع إمكانه لنذر ،  
ويفارق الأيام التي دخلت في رمضان فإنها لم تدخل في نذره لعدم انفكاكه عنها ، وهاهنا تنفك الأيام عن  
دخول الكفارة فيها .

ولا فرق بين كون نذره قبل وجوب الكفارة أو بعدها ، لأن الأيام التي في رمضان لا يصح صومها  
عن نذره ، وأيام الكفارة يصح صومها عن نذره ، وإذا نواها عن نذره انقطع التتابع وأجزأت عن  
النذور . وإن فاتته أيام كثيرة لزمته كفارة واحدة عن الجميع ، فإذا كفر ثم فاته شيء بعد ذلك لزمته

كفارة ثانية ، نص عليه أحد ، فإنه قال فيمن نذر صيام أيام فرض ، فإن كان قد كفر عن الأول ثم أفطر بعد ذلك كفر كفارة أخرى ، وإن لم يكن كفر عن الأول فكفارة واحدة ، ولا يكون مثل اليمين إذا حنث وكفر سقطت عنه . ويتخرج أنه متى كفر مرة لم تلزمه كفارة أخرى ، لأن النذر كاليمين ويشبه اليمين ، وإيجاب الكفارة فيه لذلك واليمين لا يوجب أكثر من كفارة ، فمتى كفرها لم يجب بها أخرى ، كذلك النذر . فعلى هذا متى فاته شيء فكفر عنه ثم فاته شيء آخر قضاء من غير كفارة ، لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه ولا إجماع ولا قياس ولا يمكن إيجابها بغير دليل .

### ( فصل )

٨٢١١

إذا نذر صوم سنة بعميتها ، لم يدخل في نذره رمضان ، لأنه لا يقبل غير صوم رمضان فأشبهه الليل ، ولا يوما الميدين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صيامهما<sup>(١)</sup> ، ولا يصح صومهما عن النذر فأشبهها رمضان . وعن أحد فيمن نذر صوم شوال يقضى يوم الفطر ويكفر . فعلى هذه الرواية يدخل في نذره العيدان وأيام التشريق ، لأنها خمسة من جملة السنة ، والأول أصح ، وفي أيام التشريق روايتان . وإن نذر صوم سنة مطلقة ، فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا ؟ فيه روايتان :

إحداها : يلزمه . لأن السنة المطلقة تنصرف إلى المتتابعة ، فعلى هذه الرواية حكمها حكم المعينة في أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان ، وفي أيام التشريق روايتان ، فإن ابتدأها من أول الشهر أتم أحد عشر شهراً بالهلال إلا شهر شوال فإنه يتم بالعدد لأنه لم يصم من أوله ، وإن ابتدأها من أثناء شهر أتم ذلك الشهر بالعدد والباقي بالهلال على ما ذكرنا .

والرواية الثانية . لا تلزمه متتابعة وهو مذهب الشافعى ، لأن المتفرقة تسمى سنة ، فيقتاؤها نذره ، فيلزمه اثنا عشر شهراً بالأهلة إن شاء ، وإن شاء صامها بالعدد . وإن ابتدأ الشهر من أثناءه أتمه ثلاثين يوماً ، وإنما لزمه هاهنا اثنا عشر شهراً ، لأنه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان ولا الأيام التي لا يجوز صيامها ، فحمل نذره على ما ينعقد فيه النذر ، بخلاف ما إذا عين السنة ، وهذا كمن عين سلامة بالعدد فوجد بها عيباً لم يكن له إبدالها ، ولو وصفها ثم وجدها معيبة ملك إبدالها . ويتم شوال بالعدد ، لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن صام ذى الحجة من أوله قضى أربعة أيام تاماً كان أو ناقصاً ، لأنه بدأه من أوله . وقيل إن كان ناقصاً قضى خمسة ليكمله ثلاثين ، لأنه لم يصم الشهر كله ، فأشبهه شوال . وإن شرط التتابع صار حكمها حكم المعينة .

(١) عن أبي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يصلح الصيام في يومين : يوم الفطر ويوم النحر» أخرجه البخارى ومسلم وهذا لفظه (ف) .

٨٢١٢

﴿مسألة﴾

قال ﴿ومن نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ولم يسمه فرض في بعضه ، فإذا عوفي بنى وكفر كفارة يمين ، وإن أحب أنى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وكذلك المرأة إذا نذرت صيام شهر متتابع وحاضت فيه ﴾ وجملة : أن من نذر صياماً متتابعاً غير معين ثم أفطر فيه لم يخل من حالين :

أحدهما : أن يفطر لعذر من حيض أو مرض ونحوهما ، فهذا خير بين أن يبتدىء الصوم ولا شيء عليه ، لأنه أتى بالمنذور على وجهه ، وبين أن يبني على صيامه ويكفر ، لأن الكفارة تلزم لتركه المنذور وإن كان عاجزاً ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أسر أخت عقبة بن عاصم بالكفارة لعجزها عن المشي ، ولأن النذر كاليمين . ولو حلف ليصوم متتابعاً ثم لم يأت به متتابعاً لزمته الكفارة . وإنما جوّز له البناء هاهنا لأن الفطر لعذر لا يقطع التتابع حكماً ، بدليل أنه لو أفطر في صيام الشهرين المتتابعين من عذر كان له البناء ، فإن كان العذر يبيح الفطر كالسفر ، فهل يقطع التتابع ؟ ففيه وجهان :

أحدهما : يقطعه لأنه يفطر باختياره .

والثاني : لا يقطعه لأنه عذر في فطر رمضان فأشبهه المرض .

الثاني : أن يفطر لغير عذر ، فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه ، لأنه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع إمكان الإتيان به فلزمه فعله ، كما لو نذر صوماً معيناً فصام قبله ، وبهذا الفصل قال الشافعي إلا في الكفارة فإنه لا يوجبها في المنذور ، وقد ذكرنا دليل وجوبها .

( فصل )

٨٢١٣

إذا صام شهراً من أول الهلال أجزاء ناقصة كان أو تاماً ، لأن ما بين الهلالين شهر ، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون »<sup>(١)</sup> وإن بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوماً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا الرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن غمّ عليكم فأكلوا ثلاثين »<sup>(٢)</sup> فإن صام شوال لزمه إكالة ثلاثين لأنه بدأ من أثناءه ، وإن كان ناقصاً قضى يومين ، وإن كان تاماً أتم يوماً واحداً ، وإن صام ذا الحجة أفطر يوم الأضحي وأيام التشريق ولم ينقطع تقابعه ، كما لو أفطرت المرأة بحيض ، وعليه كفارة ، ويقضى أربعة أيام إن كان تاماً ، وخمسة إن كان ناقصاً ، ويحتمل أن لا يلزمه إلا الأربعة وإن كان ناقصاً ، لأنه بدأه من أوله فيقضى المتروك منه لا غير . ولو صام شهراً من أول الهلال فرض فيه أياماً معلومة ، أو حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه ، قضى ما أفطر منه بعدته إن كان الشهر تاماً ،

(١) أخرجه مسلم عن ابن عمر (ف) (٢) أخرجه مسلم أيضاً عن ابن عمر (ف)

وإن كان ناقصاً فهل يلزمه الإتيان بيوم آخر؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا في فطر العيد وأيام التشريق .

(فصل ———)

٨٢١٤

ومن نذر صيام شهر فهو مختار بين أن يصوم شهراً بالهلال ، وهو أن يبتدئه من أوله فيجزئه ، وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوماً . وهل يلزمه التتابع؟ فيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ، وهو قول أبي ثور ، لأن إطلاق الشهر يقتضى التتابع .

والثاني : لا يلزمه التتابع ، وهو قول الشافعى ومحمد بن الحسن ، لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوماً ، ولا خلاف أنه يجزئه ثلاثون يوماً ، فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوماً . فأما إن نذر صيام ثلاثين يوماً لم يلزمه التتابع فيها ، نص عليه أحمد .

وقد روى عن أحمد فيمن قال : **لله على صيام عشرة أيام يصومها متتابعة** ، وهذا يدل على وجوب التتابع في الأيام المنذورة . وحمل بعض أصحابنا كلام أحمد على من شرط التتابع أو نواه ، لأن لفظ العشرة لا يقتضى تتابعاً ، والنذر لا يقتضيه ما لم يكن في لفظه أو نيته .

وقال بعضهم : كلام أحمد على ظاهره ، ويلزمه التتابع في نذر العشرة دون الثلاثين ، لأن الثلاثين شهر ، فلو أراد التتابع لقال شهراً ، فمدوله إلى العدد دليل على إرادة التفريق بخلاف العشرة . والصحيح أنه يلزمه التتابع . فإن عدم ما يدل على التفريق ليس بدليل على إرادة التتابع ، فإن الله تعالى قال في قضاء رمضان : **(قَعْدَةٌ مِنْ أَيَّامٍ آخَرَ)** <sup>(١)</sup> ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ، ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق .

وقال بعض أصحابنا : إن نذر اعتكاف أيام لزمه التتابع ، ولا يلزمه مثل ذلك في الصيام ، لأن الاعتكاف يتصل ببعضه ببعض من غير فضل <sup>(٢)</sup> ، والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ، ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل ، والصحيح التسوية ، لأن الواجب ما اقتضاه لفظه ، ولفظه لا يقتضى التتابع بدليل نذر الصوم ، وما ذكره من العرف لا أثر له ، ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالي التي بين أيام الاعتكاف كما لو قال متتابعة .

(فصل ———)

٨٢١٥

إذا نذر صيام أشهر متتابعة ، فابتدأها من أول شهر ، أجزأ صومها بالأهلة بلا خلاف ، وإن ابتدأها من أثناء شهر كله بالعدد وباقي الأشهر بالأهلة ، وهذا قول مالك والشافعى وأحد الروایتين عن أبي حنيفة ، والرواية الأخرى يكمل الجميع بالعدد ، وروى ذلك عن أحمد ، وقد تقدم توجيه الروایتين .

(١) سورة البقرة آية ١٨٤ .

(٢) في طبعة رشيد ج ١١ ص ٣٦٧ ، والفقى ج ٩ ص ٢٨ (فصل) بالصاد المهملة والصاد (فصل) بالصاد المعجمة (ف)

٨٢١٦

﴿مسألة﴾

قال ﴿ومن نذر أن يصوم شهراً بعينه فافطر يوماً بغير عذر ، ابتداء شهراً وكفر كفارة يمين﴾ :  
وجملته : أنه إذا نذر صوم شهر معين فافطر في أثناءه لم يخل من حالين :  
أحدهما : أفطر لغير عذر ، ففيه روايتان :

إحداها : يقطع صومه ويلزمه استثنائه ، لأنه صوم يجب مقتاباً بالنذر ، فأبطله الفطر لغير عذر ،  
كما لو شرط التتابع ، وفارق رمضان ، فإن تقابله بالشرع لا بالنذر ، وها هنا أوجبه على نفسه على صفة ثم  
فوتها ، فأشبهه ما لو شرطه مقتاباً .

الثانية : لا يلزمه الاستئناف إلا أن يكون قد شرط التتابع ، وهذا قول الشافعي ، لأن وجوب التتابع  
ضرورة التعيين لا بالشرط ، فلم يبطله الفطر في أثناءه كشهر رمضان ، ولأن الاستئناف يحمل الصوم في  
الوقت الذي لم يعينه والوفاء بنذره في غير وقته ، وتقويت يوم واحد لا يوجب تقويت غيره من الأيام ،  
فعلى هذا يكفر عن فطره ويقضى يوماً مكانه بعد إتمام صومه ، وهذا أقيس إن شاء الله تعالى . وعلى  
الرواية الأولى يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذي أفطر فيه ولا يجوز تأخيريه ، لأن باقي الشهر منذور  
ولا يجوز ترك الصوم فيه ، وتلزمه كفارة أيضاً لإخلاله بصوم هذا اليوم الذي أفطره .

الحال الثاني : أفطر لعذر ، فإنه يبنى على ما مضى من صيامه ويقضى ويكفر ، هذا قياس المذهب . وقال  
أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه لا كفارة عليه ، وهذا مذهب مالك والشافعي وأبي عبيد ، لأن المنذور  
محمول على المشروع ، ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء .

ولنا : أنه فات ما نذره فلزمته كفارة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة بن عامر «ولتكفر  
يمينها» وفارق رمضان ، فإنه لو أفطر لغير عذر لم تجب عليه كفارة إلا في الجماع .

(فصل)

٨٢١٧

فإن جُنَّ جميع الشهر للمعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة . وقال أبو ثور : يلزمه القضاء ، لأنه من أهل  
التكليف حالة نذره وقضائه فلزمه القضاء كالغنى عليه .

ولنا : أنه ليس من أهل التكليف في وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء ، كما لو كان في شهر رمضان .  
وإن حاضت المرأة جميع الزمن للمعين فعليها القضاء ، وفي الكفارة وجهان . وقال الشافعي : لا كفارة  
عليها ، وفي القضاء وجهان :

أحدهما : لا يلزمها النذر ، لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه ولا يدخل في النذر  
كزمن رمضان .

ولنا : أن النذور يحمل على المشروع ابتداء . ولو حاضرت في شهر رمضان لزمها القضاء وكذلك النذور .

## (فصل)

٨٢١٨

ولو قال : لله على الحج في عامي هذا فلم يحج لعذر أو غيره ، فعليه القضاء والكفارة ، ويحتمل ألا كفارة عليه إذا كان ممدوراً . وقال الشافعي : إن تعذر عليه الحج لعدم أحد الشرائط السبعة ، أو منعه منه سلطان أو عدو فلا قضاء عليه ، وإن حدث به مرض أو أخطأ عدداً أو نسي أو تواني قضاء . ولنا : أنه فاته الحج النذور فلزمه قضاؤه . كالو مرض ، ولأن النذور محمول على المشروع ابتداء ، ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه ، كذلك النذور .

## (فصل)

٨٢١٩

ولو نذر صوم شهر بيمينه أو الحج في عام بيمينه ، وفعل ذلك قبله ، لم يحجزه . وقال أبو يوسف : يحجزه . كالو حلف ليقضينه حقه في وقت فقضاء قبله .

ولنا : أن النذور محمول على المشروع ، ولو صام قبل رمضان لم يحجزه ، فكذلك إذا صام النذور قبله ، ولأنه لم يأت بالنذور في وقته فلم يحجزه ، كالو لم يفعله أصلاً .

## ﴿مسألة﴾

٨٢٢٠

قال ﴿ومن نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتي به ، صام منه ورثته من أقاربه ، وكذلك كل ما كان من نذر طاعة﴾ .

يعني من نذر حجاً أو صياماً أو صدقة أو عتقاً أو صلاة أو غيره من الطاعات ومات قبل فعله ، فعليه الولى عنه ، وعن أحد في الصلاة لا يصلي عن الميت لأنها لا بدل لها بحال ، وأما سائر الأعمال فيجوز أن يتوب الولى عنه فيها ، وليس بواجب عليه ، ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف ، وأفق بذلك ابن عباس في امرأة نذرت أن تمشي إلى قباء فماتت ولم تقضه أن تمشي ابتها عنها .

وروى سميد بن سفيان عن عبد الكريم بن أبي أمية أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف ، قال : صم عنها واعتكف عنها ، وقال حدثنا أبو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر عن عامر ابن شعيب أن عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات .

وقال مالك : لا يمشي أحد عن أحد ، ولا يصلي ولا يصوم عنه ، وكذلك سائر أعمال البدن قياساً على الصلاة .



وقال الشافعي : يقضى عنه الحج ولا يقضى الصلاة قولاً واحداً ، ولا يقضى الصوم في أحد القولين ، وَيُطْعَمُ عنه لكل يوم مسكين ، لأن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين » أخرجه ابن ماجة .

وقال أهل الظاهر : يجب القضاء على وليه بظاهر الأخبار الواردة فيه .  
وجهور أهل العلم على أن ذلك ليس بواجب على الولي ، إلا أن يكون حقاً في المال ويكون للميت تركة ، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم في هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرآن في الخبر ، منها أن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين ، وقضاء الدين على الميت لا يجب على الوارث ما لم يخلف تركة يقضى بها .

ومنها أن السائل سأل النبي صلى الله عليه وسلم هل يفعل ذلك أم لا ؟

وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله ، فإن كان مقتضى السؤال عن الإباحة ، فالأمر في جوابه يقتضي الإباحة ، وإن كان السؤال عن الإجزاء فأمره يقتضي الإجزاء ، كقولهم : أنصلي في مريض الغنم ؟ قال « صلوا في مريض الغنم » وإن كان سؤالهم عن الوجوب ، فأمره يقتضي الوجوب ، كقولهم أنتوضأ من لحوم الإبل ؟ قال « توضحوا من لحوم الإبل » وسؤال السائل في مسألتنا كان عن الإجزاء ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالفعل يقتضيه لا غير .

ولنا : على جواز الصيام عن الميت ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » .

وعن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر ، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضية ؟ قال : نعم . قال : فدين الله أحق أن يقضى » .

وفي رواية قال « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم ، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دين فقضيت أكان يؤدي ذلك عنها ؟ - قالت : نعم ، قال : فصومي عن أمك » متفق عليهن .

وعن ابن عباس أن سعد بن عبادَةَ الأنصاري استفتى النبي صلى الله عليه وسلم في نذر كان على أمه فقوفيت قبل أن تقضى ، فأفتاه أن يقضيه ، فسكانت سنةً بعد .

وعنه أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أختي نذرت أن تهج وإنها ماتت ، فقال النبي

صلى الله عليه وسلم « لو كان عليها دين أ كنت قاضية ؟ قال نعم قال : فاقض الله فهو أحق بالقضاء » رواهما البخارى .

وهذا صريح فى الصوم والحج ومطابق فى النذر ، وما عدا المذكور فى الحديث يقاس عليه . وحديث ابن عمر فى الصوم الواجب بأصل الشرع ، ويتمين حمله عليه جمعاً بين الحديثين . ولو قدر التمارض لكانت أحاديثنا أصح وأكثر وأولى بالتقديم .

إذا ثبت هذا فإن الأولى أن يقضى النذر منه وإيرئته ، فإن قضاء غيره أجزاء عنه ، كما لو قضى عنه دينه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين وقاسه عليه ، ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه ، وغيره مثله فى التبرع ، وإن كان النذر فى مال تعلق بتركته .

### (فصل)

٨٢٢١

ومن نذر أن يطوف على أربع ، فعليه طوافان ، قال ذلك ابن عباس ، لما روى معاوية بن خديج السكندى أنه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه أمه كبشة بنت معديكرب حمة الأشعث بن قيس ، فقالت : يا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إني آليت أن أطوف بالبيت حياً ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « طوفى على رجلك سبعةً ، سبماً عن يديك ، وسبماً عن رجلك » أخرجه الدارقطى بإسناده .

وقال ابن عباس فى امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع ، قال : تطوف عن يديها سبماً وعن رجليها سبماً . رواه سعيد . والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجله ولا يلزمه ذلك على يديه ، لأنه غير مشروع فيسقط ، كما أن أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تحج وتختمر .

وروى عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان فى سفر ، فحانت منه نظرة فلذا امرأة ناشرة شعرها فقال « مروها فلتختمر »<sup>(١)</sup> ومرّ برجلين مقترنين فقال « أطلقا قرانكما »<sup>(٢)</sup> وقد ذكرنا حديث أبى إسرائيل الذى نذر أن يصوم ويفعل أشياء ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالصوم وحده ، ونهاه عن سائر نذوره . وهل تلزمه كفارة ؟ يخرج فيه وجهان بناء على ما تقدم . وقياس للذهب لزوم الكفارة لإخلاله بصفة نذره وإن كان غير مشروع ، كما لو كان أصل النذر غير مشروع .

(١) أخرجه البزار عن ابن عباس (ف) .

(٢) أخرجه أحمد فى مسنده ج ١١ ص ٧ حديث ٦٧١٤ (ف) .

وأما وجه الأول : فلأن من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه ، فأقيم الطواف الثاني مقام طوافه على يديه .

## ( فصل )

٨٢٢٢

فإن نذر صوم الدهر لزمه ، ولم يدخل في نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق ، فإن أفطر لعذر أو غيره لم يقضه ، لأن الزمن مستغرق بالصوم المنذور ، ولسكن تلزمه كفارة لتركه . وإن لزمه قضاء من رمضان أو كفارة قدمه على النذر ، لأنه واجب بأصل الشرع ، فقدم على ما أوجبه على نفسه ، كتقديم حجة الإسلام على المنذورة . فإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل أن لا يجب ، لأنه لا يمكن التكفير إلا بترك الصوم المنذور ، وتركه بوجب كفارة فيفضي ذلك إلى التسلسل وترك المنذور بالكلية ، ويحتمل أن تجب المكفارة ولا تجب بفعلها كفارة ، لأن ترك النذر لعذر لا بوجب كفارة فلا يفضي إلى التسلسل .

## ( فصل )

٨٢٢٣

وصيغة النذر أن يقول : لله على أن أفعل كذا . وإن قال : على نذر كذا لزمه أيضاً ، لأنه صرح بلفظ النذر . وإن قال : إن شفاني الله فعلى صوم شهر ، كان نذراً ، وإن قال لله على المشي إلى بيت الله ، قال ابن عمر في الرجل يقول : على المشي إلى الكعبة لله ، قال : هذا نذر فليمش . ونحوه عن القاسم بن محمد ويزيد ابن إبراهيم التيمي ومالك وجماعة من العلماء . واختلف فيه عن سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد ، فروى عنهما مثل قولهم . وروى عنهما فيمن قال : على المشي إلى بيت الله فليس بشيء إلا أن يقول على نذر مشي إلى بيت الله .

ولنا : أن لفظة على للإيجاب على نفسه ، فإذا قال على المشي إلى بيت الله فقد أوجبه على نفسه فلزمه ، كما لو قال : هو على نذر ، والله أعلم .

## كتاب القضاء

الأصل في القضاء ومشروعيته الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ) (١) وقول الله تعالى (وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) (٢) وقوله (وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ) (٣) وقوله تعالى (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (٤).

وأما السنة: فما روى عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر» متفق عليه. في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة. وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس.

## (فصل)

٨٢٢٤

والقضاء من فروض الكفايات، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه، فكان واجباً عليهم كالجهاد والإمامة. قال أحمد: لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟

وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه، ولذلك جعل الله فيه أجراً مع الخطأ، وأسقط عنه حكم الخطأ، ولأن فيه أمراً بالمعروف، ونصرة المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورداً للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس، وتخفيفاً لبعضهم من بعض، وذلك من أبواب القرب، ولذلك تولاه النبي صلى الله عليه وسلم والأنبياء قبله، فكانوا يحكمون لأمرهم، وبمقتضى علياً إلى اليمن قاضياً، وبعث أيضاً معاذاً قاضياً.

وقد روى عن ابن مسعود أنه قال: لأن أجلس قاضياً بين اثنين أحب إلي من عبادة سبعين سنة. وعن عتبة بن عامر قال: جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «اقض بينهما» قلت: أنت أولى بذلك، قال «وإن كان» قلت: علام أقضي؟ قال «اقض»، فلن أصبت فلك عشرة أجور، وإن أخطأت فلك أجر واحد» (٥) رواه سعيد في سننه.

(٢) سورة المائدة آية ٤٩

(١) سورة ص آية ٢٦

(٤) سورة النساء آية ٦٥

(٣) سورة النور آية ٤٨

(٥) ورواه أيضاً ابن عدى وابن عساكر كما في منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٤ (ف).

(فصل)

قال خاقان بن عبد الله : أريد أبو قلابة على قضاء البصرة ، فهرب إلى اليمامة ، فأريد على قضائها ، فهرب إلى الشام ، فأريد على قضائها وقيل : ليس هاهنا غيرك . قال : فأنزّلوا الأمر على ما قلتم ، فإنما مثلى مثل سماح وقع في البحر فسبح يومه فانطلق ، ثم سبّح اليوم الثانى فمضى أيضاً ، فلما كان اليوم الثالث فترت يداه . وكان يقال : أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة .

ولعظم خطره قال النبي صلى الله عليه وسلم « من جُعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » قال الترمذى : هذا حديث حسن وقيل فى هذا الحديث إنه لم يخرج مخرج الدم للأعضاء ، وإنما وصفه بالمشقة ، فكأن من وليه قد حمل على مشقة كمشقة الذبح .

(فصل)

والناس في القضاء على ثلاثة أضرب : منهم من لا يجوز له الدخول فيه ، وهو من لا يحسنه ولم نجتمع فيه شروطه ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاء ثلاثة » <sup>(١)</sup> ذكر منهم رجلا قضى بين الناس بحمل فهو في النار ، ولأن من لا يحسنه لا يقدر على المدل فيه فيأخذ الحق من مستحقة فيدفعه إلى غيره . ومنهم من يجوز له ولا يجب عليه ، وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد وبوجد غيره مثله ، فله أن بلى القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لأنه لم يتعين له ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ، ولما ورد فيه من التشديد والذم <sup>(٢)</sup> ولأن طريقة السلف الامتناع منه والتوقي . وقد أراد عثمان رضي الله عنه تولية ابن عمر القضاء فأباه . وقال أبو عبد الله

(١) تمام الحديث « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة ، رجل علم الحق ف قضى به فهو في الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار » أخرجه أصحاب السنن الأربعة والحاكم عن بريدة (ف) .

(٢) من الأحاديث التي تخوف من تولي القضاء ما رواه أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين » أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم، وما روته عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لياأتين على القاضى العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في تمرة قط » أخرجه أحمد، وذكر ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حكم يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة ومات أخذ بقفاه حتى ينفقه دلى جهنم ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل فينال الله ألقاه في مهوى فموى أربعين خريفاً » أخرجه أحمد (ف) (م - ٥ - المعنى - ١٠)

ابن حامد : إن كان رجلاً خاملاً لا يرجع إليه في الأحكام ولا يعرف فالأولى له توليه ليرجع إليه في الأحكام ويقوم به الحق ويفتق به المسلمون ، وإن كان مشهوراً في الناس بالعلم يرجع إليه في تعليم العلم والفتوى ، فالأولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الأمن من الفرر ، ونحو هذا قال أصحاب الشافعى ، وقالوا أيضاً : إذا كان ذا حاجة وله في القضاء رزق فالأولى له الاشتغال به فيكون أولى من سائر المكاسب لأنه قرينة وطاعة .

وعلى كل حال فإنه يكره للإنسان طلبه والسعى في تحصيله ، لأن أنساً روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء ، وكل إلى نفسه ، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده » قال للترمذى : هذا حديث حسن غريب .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها » متفق عليه .

الثالث : من يجب عليه ، وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه ، فهذا يتعين عليه ، لأنه فرض كفاية لا يقدر على القيام به غيره ، فيتعين عليه كفلس الميت وتكفيته .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه ، فإنه سئل هل يأثم القاضى إذا لم يوجد غيره ؟ قال : لا يأثم ، فهذا يحتمل أنه يحمل على ظاهره في أنه لا يجب عليه لما فيه من الخطر بنفسه ، فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابة منه وقد قيل له ليس غيرك . ويحتمل أن يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره ، فإن أحمد قال : لا بد للناس من حاكم ، أنذهب حقوق الناس ؟

### (فصل —)

٨٢٢٧

ويجوز للقاضى أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعى وأكثر أهل العلم . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً ، و رزق شريحاً في كل شهر مائة درهم ، وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة ، نصفها لعمار ، ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وكان ابن مسعود قاضيه ومعلمهم . وكتب إلى ماذ بن جبل وأبى عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجلاً من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله .

وقال أبو الخطاب : يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة ، فأما مع عدمها فعلى وجهين . وقال أحمد : ما به جبنى أن يأخذ على القضاء أجراً ، وإن كان فيقدر شغله مثل وإلى اليتيم . وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء .

وكان مسروق وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً ، وقالوا : لا تأخذ أجراً على أن تمحل بين اثنين .

وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن مقعياً جاز له أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يحز إلا مع الحاجة .  
والصحيح : جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ، لأن أبا بكر رضي الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له  
الرزق كل يوم درهمين . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق  
لن تولى من القضاء ، ولأن بالناس حاجة إليه . ولو لم يحز فرض الرزق لتمطل وضاعت الحقوق .

فأما الاستئجار عليه فلا يجوز . قال عمر رضي الله عنه : لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً  
وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون في أهل القرية فأشبهه  
الصلاة ، ولأنه لا يعمل الإنسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فأشبهه الصلاة ، ولأنه عمل غير معلوم . فإن  
لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين لا أقضي بينكما حتى تجعلوا لي رزقاً عليه جاز ، ويحتمل أن لا يجوز .

( فـ ص ل )

٨٢٢٨

وإذا كان الإمام في بلد فعليه أن يبعث القضاء إلى الأمصار غير بلده ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم  
بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن أيضاً وقال له « بسم تحاكمكم ؟ » قال : بكتاب الله تعالى ،  
قال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيي . قال :  
الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،<sup>(١)</sup> وبعث عمر  
شريحاً على قضاء الكوفة ، وكتب بن سوار على قضاء البصرة ، وكتب إلى أبي عبيدة ومعاذ بأمرهما بتولية  
القضاء في الشام ، لأن أهل كل بلد يحتاجون إلى القاضي ولا يمكنهم المصير إلى بلد الإمام ، ومن أمكنه  
ذلك شق عليه ، فوجب إغناؤهم عنه .

( فـ ص ل )

٨٢٢٩

وإذا أراد الإمام تولية قاض ، فإن كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولأهله ، وإن لم يعرف  
ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشد على من يصلح ، وإن ذكر له رجل لا يعرفه أحضره وسأله ،  
وإن عرف عدالته وإلا بحث عن عدالته فإذا عرفها ولأهله ، ويكتب له عهداً يأمره فيه بتقوى الله ، والتثبت  
في القضاء ، ومشاورة أهل العلم ، وتصفح أحوال الشهود ، وتأمل الشهادات ، وتماهد اليتامى وحفظ أموالهم  
وأموال اللوقوف ، وغير ذلك مما يحتاج إلى مراعاته .

ثم إن كان البلد الذي ولأهله قضاء بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام ، أحضر شاهدين  
عدلين ، وقرأ عليهما العهد ، أو أقرأه غيره بحضرته ، وأشهدهما على توليته ليمضيا معه إلى بلد ولايته فيقيم  
له الشهادة ، ويقول لهما أشهدا على أني قد وليته قضاء البلد الفلاني ، وتقدمت إليه بما اشتمل هذا العهد عليه .

(١) أخرجه أبو داود والترمذي عن معاذ (ف)

وإن كان البلد قريباً من بلد الإمام ، يستفيض إليه ما يجري في بلد الإمام ، مثل أن يكون بينهما خمسة أيام أو مادونها ، جاز أن يكتفى بالاستفاضة دون الشهادة ، لأن الولاية تثبت بالاستفاضة ، وهذا قال للشافعي ، إلا أن عنده في ثبوت الولاية بالاستفاضة في البلد القريب وجهين ، وقال أصحاب أبي حنيفة : تثبت باستفاضة ، ولم يفصلوا بين القريب والبعيد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ولي علياً ومعاذاً فضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة ، وولي الولاية في البلدان البعيدة وفوتض إليهم الولاية والقضاء ولم يشهد ، وكذلك خلفاؤه ، ولم ينقل منهم الإشهاد على تولية القضاء مع بعد بلادهم .

ولنا : أن القضاء لا يثبت إلا بأحد الأمرين ، وقد تعذر الاستفاضة في البلد البعيد لعدم وصولها إليه فتعين الإشهاد ، ولا نسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشهد على توليته ، فإن الظاهر أنه لم يبعث والياً إلا ومعه جماعة ، فالظاهر أنه أشهدهم ، وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله ، وقد قام دليله فتعين وجوده .

(مسألة)

٨٢٣٠

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى ﴿ ولا يولى قاضى حتى يكون بالغاً ، عاقلاً ، مسلماً ، حراً ، عدلاً ، عالماً ، فقيهاً ، ورعاً ﴾ .

وجملته : أنه يشترط في القاضي ثلاثة شروط : أحدها : السكال ، وهو نوعان : كالالأحكام و كالالخلق ، أما كال الأحكام فيعتبر في أربعة أشياء : أن يكون بالغاً ، عاقلاً ، حراً ، ذكراً ، وحكى عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورية ، لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية . وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود ، لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » <sup>(١)</sup> ولأن القاضي يحضره محافل الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه إلى كال الرأي وتمام العقل والفتنة ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي ، ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال ، ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلهما ما لم يكن معهن رجل ، وقد نبه الله تعالى على ضلالتهم ونسيانهم بقوله تعالى ( أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ) <sup>(٢)</sup> ولا تصاح للإمامة العظمى ولا لتولية البلدان ، ولهذا لم يول النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيها بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً .

وأما كال الخلقة فإن يكون متكلاً سمياً بصيراً ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته . والأصم لا يسمع قول الخصمين . والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ،

(١) أخرجه أحمد والبخاري والترمذي والنسائي عن أبي بكر بلفظ « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » (ف)

(٢) - سورة البقرة الآية ٢٨٢ -



والشاهد من المشهود له . وقال بعض أصحاب الشافعي : يجوز أن يكون أعمى لأن شعيباً كان أعمى ، ولم في الآخرس الذي تفهم إشارته وجهان .

ولنا : أن هذه الخواس تؤثر في الشهادة ، فيمنع قدها ولاية القضاء كالسمع ، وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء ، والشاهد يشهد في أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها ، وربما أحاط بحقيقة علمها ، والقاضي ولايته عامة ويحكم في قضايا الناس عامة ، فإذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى . وما ذكره عن شعيب فلا نسلم فيه ، فإنه لم يثبت أنه كان أعمى ، ولو ثبت فيه ذلك فلا يلزم هاهنا ، فإن شعيباً عليه السلام كان من آمن معه من الناس قليلا ، وربما لا يحتاجون إلى الحكم بينهم لقنهم وتناصفهم ، فلا يكون حجة في مسائلنا .

الشرط الثاني : العدالة ، فلا يجوز تولية فاسق . ولا من فيه نقص يمنع الشهادة . وسند ذلك في الشهادة إن شاء الله تعالى . وحكى عن الأصم أنه قال : يجوز أن يكون القاضي فاسقاً ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « سيكون بعدى أسراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها ، فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سُبْحَةً » (١) .

ولنا : قول الله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ) (٢) فأمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه ، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فلثلاً يكون قاضياً أولى . فأما الخبر فأخبر بوقوع كونهم أسراء لا بمشروعيته ، والنزاع في صحة توليته لا في وجودها .

الشرط الثالث : أن يكون من أهل الاجتهاد ، وبهذا قال مالك والشافعي وبعض الحنفية . وقال بعضهم : يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد ، لأن الغرض منه فصل الخصام ، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول للقومين .

ولنا : قول الله تعالى : ( وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ) (٣) ولم يقل بالتقليد . وقال : ( لَتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ) (٤) وقال : ( فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ) (٥) .

(١) أخرجه أحمد والبخاري والطبراني في الأوسط عن شداد بن أوس وفيه راشد بن داود ضعفه الدارقطني ورواه

ابن معين . اهـ مجمع الزوائد ج ١ ص ٣٢٥ ومعنى سُبْحَةً بضم السين وسكون الباء : نافلة . (ف)

(٢) سورة الحجرات آية ٦ (٣) سورة المائدة آية ٤٩ (٤) حورة النساء آية ١٠٥ (٥) سورة النساء آية ٥٩

وروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة : رجل علم الحق ف قضى به فهو في الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ، ورجل جار في الحكم فهو في النار » رواه ابن ماجه .

والعالمى يقضى على جهل ، ولأن الحكم آكد من الفتيا ، لأنه فتيا وإلزام . ثم المفتى لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً ، فالحكم أولى .

فإن قيل : فالمفتى يجوز أن يخبر بما سمع .

قلنا : نعم إلا أنه لا يكون مفتياً في تلك الحال ، وإنما هو مخبر فيحتاج أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد فيكون معمولاً بخبره لا بفتياه ، ويخالف قول القومين ، لأن ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم .

إذا ثبت هذا : فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والاختلاف ، والقياس ، ولسان العرب .

أما الكتاب : فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء : الخاص ، والعام ، والمطلق ، والمقيد ، والحكم ، والمشابه ، والجمل ، والقصر ، والناسخ ، والفسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام وذلك نحو خمسمائة . ولا يلزمه معرفة سائر القرآن .

فأما السنة : فيحتاج إلى معرفة ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار من ذكر الجنة والنار والرقائق . ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب ويزيد معرفة التواتر ، والآحاد ، والرسول ، والمتصل ، والمسند ، والمنقطع ، والصحيح ، والضعيف ، ويحتاج إلى معرفة ما أجمع عليه وما اختلف فيه ، ومعرفة القياس وشروطه وأنواعه ، وكيفية استنباطه الأحكام .

ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكرنا ليعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة ، وقد نص أحد على اشتراط ذلك للفتيا ، والحكم في معناه .

فإن قيل : هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟

قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتا رسول الله صلى الله عليه وسلم ووزيرا وخير الناس بعده في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة بسألان الناس فيخبران .

فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة، فقال مالك في كتاب الله شيء، ولا أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً، ولكن ارجعني حتى أسأل الناس، ثم قام فقال أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله صلى الله عليه في الجدة، فقام المغيرة بن شعبه فقال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس<sup>(١)</sup>.  
وسأل عمر عن إملاص المرأة، فأخبره المغيرة بن شعبه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بفترة<sup>(٢)</sup>.

ولا يشترط معرفة المسائل التي فرعها المجتهدون في كتبهم، فإن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد، فلا تكون شرطاً له وهو سابق عليها. وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل، بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وإن جهل غيرها، كمن يعرف الفرائض وأصولها، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل.

وقيل: من يجب في كل مسألة فهو مجنون. وإذا ترك العالم «لا أدري» أصيبت مقاتله. وحكى أن مالكا سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها: لا أدري، ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهداً. وإنما المعتبر أصول هذه الأمور، وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه والله أعلم.

## (فصل)

٨٢٣١

ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً. وقيل: يشترط ذلك لعلم ما يكتبه كاتبه ولا يقدرك من إخفائه عنه. ولنا: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أمياً وهو سيد الحكم، وليس من ضرورة الحاكم الكتابة فلا تعتبر شروطها، وإن احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفه، كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس، وليس من شرطه معرفة المساحة، ويحتاج إلى التقويم، وليس من شرط القضاء أن يكون عالماً بقيمة الأشياء، ولا معرفته بعيوب كل شيء.

## (فصل)

٨٢٣٢

وينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عنف، لئلا من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا يياس

(١) أخرجه مالك وأحمد والأربعة من حديث المغيرة وعبد بن مسleme وصححه ابن حبان والحاكم. الدراية ج ٢

ص ٢٩٧ (ف)

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن المغيرة بن شعبه. والإملاص فسره البخاري في الاعتصام بأن تضرب المرأة،

في بطنها فتلقى جنيهاً (ف).

الضعيف من عدله ، ويكون حليماً متأنياً ، ذا فطنة وتيقظ ، لا يؤتى من غفلة ، ولا يمدح لغرة ، صحيح السمع والبصر ، عالماً بلغات أهل ولايته ، عفيفاً ورعاً نزهاً بعيداً عن الطمع ، صدوقاً لا هجة ، ذا رأى ومشورة ، لكلامه لين إذا قرب ، وهيبة إذا أوعد ، ووفاء إذا وعد ، ولا يكون جباراً ولا عسوفاً فيقطع ذا الحجة عن حجته . قال على رضي الله عنه : لا ينبغي أن يكون القاضي قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال : عفيف ، حليم ، عالم بما كان قبله ، يستشير ذوي الأبواب ، لا يخاف في الله لومة لائم .

وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال : ينبغي للقاضي أن تجتمع فيه سبع خلال ، إن فاته واحدة كانت فيه وصمة : العقل ، والفقه ، والورع ، والنزاهة ، والعرامة ، والعلم بالسنن ، والحكم . ورواه سعيد وفيه : يكون فهماً ، حليماً ، عفيفاً ، صلياً ، سألأ عما لا يعلم ، وفي رواية : محتملاً للأئمة ، ولا يكون ضعيفاً مهيناً ، لأن ذلك يبسط للتخاصمين إلى التهاثر والنشائم بين يديه . قال عمر رضي الله عنه : لأعزلن فلاناً عن القضاء ولأستعملن رجلاً إذا رآه الناجر فرقه .

### ( فصل )

٨٢٣٣

وله أن ينهر الخصم إذا التوى وبصيح عليه ، وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس ، وإن افتات عليه بأن يقول : حكمت على بغير الحق أو ارتشيت ، فله تأديبه ، وله أن ينفو . وإن بدأ المكيّر باليمين قطعها عليه وقال : البينة على خصمك ، فإن عاد نهره ، فإن عاد عزره إن رأى ، وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب ، فله مقابلة فاعله وله المنفو .

### ( فصل )

٨٢٣٤

وإن وثى الإمام رجلاً القضاء ، فإن كانت ولايته في غير بلده فأراد السير إلى بلاده ولايته ، بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ، ويتعرف منه ما يحتاج إلى معرفته ، فإن لم يجد سأل في طريقه ، فإن لم يجد سأل إذا دخل البلد عن أهله ومن به من العلماء والفضلاء وأهل العدالة والسير وسائر ما يحتاج إلى معرفته ، وإذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدمه ليتلقوه ويجعل قدومه يوم الخميس إن أمكنه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قدم من سفر قدم يوم الخميس . ثم يقصد الجامع فيصل في ركعتين ، كما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل إذا دخل المدينة ، ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة ، وأن يجعل عمله صالحاً ، ويجعله لوجهه خالصاً ، ولا يجعل لأحد فيه شيئاً ، ويفوض أمره إلى الله تعالى ويتوكل عليه ، ويأمر متاعه فينادي في البلد أن فلاناً قدم عليكم قاضياً فاجتمعوا لقراءة عهده وقت كذا وكذا ، وينصرف إلى منزله الذي قد أعد له ، وينبغي أن يكون في وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده ، فإذا اجتمعوا أمر بمهده فقرئ عليهم ليعلموا التولية ويأتوا إليه ، ويعد الناس يوماً يجلس فيه للقضاء ، ثم ينصرف إلى منزله .

وأول ما يبدأ فيه من أمر الحكم أن يبعث إلى الحاكم الموزول فيأخذ منه ديوان الحكم ، وهو ما فيه وثائق الناس من الحاضر ، وهي نسخ ما ثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ما حكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة في ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية . فإذا انتقلت الولاية إلى غيره كن عليه تسليمها إليه فتكون مودعة عنده في ديوانه . ثم يخرج في اليوم الذي وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه على أكل حالة وأعد لها ، خلياً من الغضب ، والجوع الشديد والمطش ، والفرح الشديد ، والحزن الكبير ، والهم العظيم ، والوجع المؤلم ، ومدافعة الأخبثين أو أحدهما ، والدماس الذي يغمر القلب ، ليكون أجمع لقلبه وأحضر لذهنه ، وأبلغ في تيقظه للصواب ، وفطنته لموضع الرأي . ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يقضى القاضى بين اثنين وهو غضبان »<sup>(١)</sup> ، فنص على الغضب ونبه على ما في معناه من سائر ما ذكرناه . ويسلم على من يمر به من المسلمين في طريقه ، ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتي مجلسه ، ويستحب أن يجعله في موضع بارز للناس فيسبح كالحجة والقضاء الواسع أو الجامع ، ولا يكره القضاء في المساجد ، فعل ذلك شريح والحسن والشعبي ومحارب بن دثار ويحيى بن يعمر وابن أبي ليلى وابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه . وروى عن عمر وعثمان وعلى أنهم كانوا يقضون في المسجد .

وقال مالك : القضاء في المسجد من أمر الناس القديم ، وبه قال مالك وإسحاق وابن المنذر . وقال الشافعي : يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده في المسجد ، لما روى أن عمر كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا تقضى في المسجد ، لأنه تأتيك الحائض والجنب ، ولأن الحاكم يأتيه الذي والحائض والجنب وتسكن غاشيته ، ويجرى بينهم اللفظ والتكاذب والتجاذب ، وربما أدى إلى السب وما لم تُنب له للمساجد .

ولنا : إجماع الصحابة بما قد روينا عنهم . وقال الشعبي : رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضى بين الناس . وقال مالك : هو من أمر الناس القديم . ولأن القضاء قرينة وطاعة وإنصاف بين الناس فلم يكره في المسجد ، ولا نعلم صحة ما روي عن عمر ، وقد روى عنه خلافه . وأما الحائض فإن عرضت لها حاجة إلى القضاء وكلت أو أتته في منزله . والجنب يفتسل ويدخل ، والذي يجوز دخوله بإذن مسلم .

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يجلس في مسجده مع حاجة الناس إليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم . وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد ، وربما رفعوا أصواتهم . فقد روى عن كعب<sup>(٢)</sup> بن مالك أنه قال : تفاضيت ابن أبي حذرد ديناً في المسجد حتى ارتفعت أصواتنا ، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فأشار إليّ أن ضع من دينك الشطر ، فقلت : نعم يا رسول الله ، قال : « قم فاقضه » .

(١) أخرجه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه عن أبي بكره (ف) .

(٢) أخرجه مسلم عن كعب ج ٣ ص ١١٩٢ وأخرجه البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه (ف) .

وينبغي أن يكون جلوسه في وسط البلد لئلا يبعد على قاصديه ، ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول إليه ، لما روى القاسم بن مخيمرة عن أبي مريم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من ولي من أمور الناس شيئاً واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره » رواه الترمذى . ولأن حاجبه ربما قدم المتأخر وأخر المتقدم لغرض له ، وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم . ولا بأس باتخاذ حاجب في غير مجلس القضاء ، ويبسط له شيء ، ولا مجلس على التراب ولا على حصير المسجد ، لأن ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ، ويجعل جلوسه مستقبلاً للقبلة لأن خير المجالس ما استقبل به للقبلة . وهذه الآداب المذكورة في هذا الفصل ليست شرطاً في الحكم إلا الخلو من الغضب وما في معناه ، فإن في اشتراطه روايتين .

### ﴿ فصل ﴾

٨٢٣٥

وإذا جلس الحاكم في مجلسه فأول ما ينظر فيه أمر المحبوسين ، لأن الحبس عذاب ، وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه ، فينفذ إلى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيه حبس ؟ ولمن حبس ؟ فيحمله إليه فيأمر منادياً ينادى في البلد ثلاثة أيام : ألا إن القاضى فلان بن فلان ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر ، فإذا حضر ذلك اليوم وحضر الناس ترك الرقاع التى فيها اسم المحبوسين بين يديه ومد يده إليها فاقع في يده منها نظر إلى اسم المحبوس وقال : من خصم فلان المحبوس ؟ فإذا قال خصمه : أنا ، بعث معه ثقة إلى الحبس فأخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم وبفعل ذلك في قدر ما يعلم أنه يسع زمانه للنظر فيه في ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم ، فإذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه : لم حبسته ؟ لأن الظاهر أن الحاكم إنما حبسه بحق ، لكن يسأل المحبوس : ريم حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة أقسام :

أحدها : أن يقول : حبسنى بحق له حال أنا ملئ به ، فيقول له الحاكم : اقضه وإلا رددتك في الحبس .  
الثانى : أن يقول له : على دين أنا معسر به ، فيسأل خصمه فلان صدقه فلتسه الحاكم وأطلقه . وإن كذبه نظر في سبب الدين ، فإن كان شيئاً حصل له به مال كقرض أو شراء لم يقبل قوله في الإعسار إلا ببينة بأن ماله تلف أو نقد ، أو ببينة أنه معسر ، فيزول الأصل الذى ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال . وإن لم يثبت له أصل مال ولم تكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه أنه معسر ، لأن الأصل الإعسار ، وإن شهدت لخصمه بينة بأن له مالاً لم تقبل حتى تعين ذلك المال بما يتميز به ، فإن شهدت عليه البينة بدار معينة أو غيرها وصدقها فلا كلام ، وإن كذبها وقال ليس هذا لى وإنما هو فى يدى لغيرى لم يقبل

إلا أن يقرّ به إلى واحد بعينه . فإن كان الذي أقرّ له به حاضراً نظرت ، فإن كذبه في إقراره سقط وقضى من المال دّينه ، وإن صدقه نظرت ، فإن كان له به بيّنة فهو أولى ، لأن له بيّنة وصاحب اليد يقرّ له به ، وإن لم تكن له بيّنة فذكر القاضي أنه لا يقبل قولهما ويقضى المدين منه ، لأن البيّنة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه . فإذا لم تقبل شهادتها في حق نفسه قبلت فيما تضمنته ، لأنه حق لغيره ولأنه منهم في إقراره لغيره ، لأنه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود إليه فتلاحقه تهمة فلم تبطل البيّنة بقوله . وفيه وجه آخر يثبت الإقرار وتسقط البيّنة لأنها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره .

الجواب الثالث : أن يقول : حبسني لأن البيّنة شهدت على الخصم بحق ليبحث عن حال الشهود ، فهذا ينبغي على أصل ، وهو أن الحاكم هل له ذلك أو لا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك ، لأن الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه ، فعلى هذا لا يردّه إلى الحبس إن صدقه خصمه في هذا .

والثاني : يجوز حبسه ، لأن المدعى قد أقام ماعليه ، وإما بقي ما على الحاكم من البحث . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، فعلى هذا الوجه يردّه إلى الحبس حتى يكشف عن حال شهوده ، وإن كذبه خصمه وقال : بل قد عرف الحاكم عدالة شهودي وحكم عليه بالحق فاقول قوله ، لأن الظاهر أن حبسه بحق .

الجواب الرابع : يقول : حبسني الحاكم بضمن كلب ، أو قيمة خر أرقته لذمي ، لأنه كان يرى ذلك ، فإن صدقه خصمه فذكر القاضي أنه يطلقه ، لأن غرم هذا ليس بواجب ، وفيه وجه آخر أن الحاكم ينفذ حكم الحاكم الأول لأنه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده ، وفيه وجه آخر أنه يترقب ويجهّد أن يصطلح على شيء ، لأنه لا يمكنه فعل أحد الأمرين المتقدمين . وللشافعي قولان كهذين الوجهين الأخيرين . وإن كذبه خصمه وقال : بل حبست بحق واجب غير هذا فاقول قوله ، لأن الظاهر حبسه بحق .

الجواب الخامس : أن يقول : حبست ظلماً ولا حق عليّ ، فينادي مفادى الحاكم بذكر مقاله ، فإن حضر رجل فقال : أنا خصمه فأنكره وكانت لمدعى بيّنة ، كلف الجواب على ماضى ، وإن لم تكن له بيّنة ، أو لم يظهر له خصم ، فاقول قوله مع بعينه أنه لا خصم له ، أو لا حق عليه ، ويحلى سبيله .

### ﴿ فصل ﴾

٨٢٣٦

ثم ينظر في أمر الأوصياء ، لأنهم يكونون ناظرين في أموال اليتامى والجنانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصد المصالح بالنظر ، لأن المنظور عايه لا يمكنه المطالبة بحقه ، فإن الصغير والجنون لا قول لهما ، والمساكين لا يتعين الأخذ منهم ، فإذا قدم إليه الوصى ، فإن كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله ، لأن الحاكم ما نفذ

وصيته إلا وقد عرف أهليته في الظاهر ولكن براعيه ، فإن تغيرت حاله بفسق أو ضعف أضاف إليه أميناً قوياً يعينه ، وإن كان الأول مانعاً وصيته نظر فيه ، فإن كان أميناً قوياً أقره ، وإن كان أميناً ضعيفاً ضم إليه من يعينه ، وإن كان فاسقاً عزله وأقام غيره . وعلى قول الخرق يضم إليه أمين ينظر عليه ، وإن كان قد تصرف أوفرق الوصية وهو أهل للوصية نفذ تصرفه ، وإن كان ليس بأهل وكان أهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع إليهم ، لأنهم قبضوا حقوقهم ، وإن كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان : أحدهما : عليه الضمان ، ذكره القاضى وأصحاب الشافعى ، لأنه ليس له التصرف .

والثانى : لا ضمان عليه ، لأنه أوصاه إلى أهله ، وكذلك إن فرق الوصية غير الموصى إليه بتفريقها فعلى وجهين .

### (فصل)

٨٢٣٧

ثم ينظر في أمناء الحاكم ، وهم من رد إليهم الحاكم النظر في أمر الأطفال وتفرقة الوصايا التي لم يعين لها وصى ، فإن كانوا بحالهم أقرهم ، لأن الذى قبله ولأم ، ومن تغير حاله منهم عزله إن فسق ، وإن ضعف ضم إليه أميناً .

### (فصل)

٨٢٣٨

ثم ينظر في أمر الضوال واللاقطه التي تولى الحاكم حفظها ، فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان ، أوفى حفظه مؤنة كالأموال الجافية ، باعها وحفظ ثمنها لأربابها ، وإن لم تكن كذلك كالأثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرف .

### (مسألة)

٨٢٣٩

قال « ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان »

لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه في أن القاضى لا ينبغي له أن يقضى وهو غضبان ، كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وأبو حنيفة والشافعى . وكتب أبو بكر إلى عبد الله بن أبى بكره وهو قاض بسجستان : أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان » متفق عليه .

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى : إياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتسكر لهم عند الخصومة ، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه . ولأنه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفكره .



وفي معنى الغضب : كل ما شغل فكره من الجوع القوط ، والعطش الشديد ، والوجع المزعج ، ومدافعة أحد الأخبثين ، وشدة الفماس ، والمهم والغم والحزن والفرح ، فهذه كلها تمنع الحاكم ، لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب ، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه فتجري مجراه . فإن حكم في الغضب أو ما شاكله فحكي عن القاضي أنه لا ينفذ قضاؤه لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه . وقال في الجرد : ينفذ قضاؤه ، وهو مذهب الشافعي ، لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم اختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار في شرايح<sup>(١)</sup> الخرق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للزبير : اسق ثم أرسل الماء إلى جارك . فقال الأنصاري : أن كان<sup>(٢)</sup> ابن عمك ؟ فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال للزبير : اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجذر<sup>(٣)</sup> » متفق عليه . فحكم في حال غضبه . وقيل : إنما يمنع الغضب الحاكم إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة ، فأما إن اتضح الحكم ثم عرض الغضب لم يمنع ، لأن الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٢٤٠

قال ﴿ وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله شاور فيه أهل العلم والأمانة ﴾ .  
وجملته : أن الحاكم إذا حضرته قضية ، تبين له حكمها في كتاب الله تعالى ، أو سنة رسوله ، أو إجماع ، أو قياس جلي ، حكم ولم يخرج إلى رأي غيره ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ذحين بعته إلى اليمن « بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيي ، ولا آلو . قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

فإن احتاج إلى الاجتهاد استعجب له أن يشاور ، لقول الله تعالى ( وشاورهم في الأمر )<sup>(٤)</sup>  
قال الحسن « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لغتياً عن مشاورتهم ، وإنما أراد أن يستن

(١) شرايح الحرة : هي مسایل اللاء ، واحداها شرجة ، والحرة هي الأرض للثة فيها حجارة سود (ف)

(٢) (أن) بفتح الهمزة وسكون النون : أى فعلت هذا لكونه ابن عمك (ف)

(٣) الجدر بفتح الجيم وكسرهما وهو الجدار ، والراد بالجدر أصل الخائط . وقيل : أصول الشجر ، ومعنى

يرجع إلى الجدر : يصير إليه . (ف)

(٤) - سورة آل عمران آية ١٥٩

بذلك الحكم بعده <sup>(١)</sup> وقد شاور النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه في أسارى بدر <sup>(٢)</sup> ، وفي مصالحة الكفار يوم الخندق <sup>(٣)</sup> ، وفي لقاء الكفار يوم بدر .

وروى « ما كان أحداً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم » <sup>(٤)</sup> .

وشاور أبو بكر الناس في ميراث الجدة ، وعمر في دية الجنين ، وشاور الصحابة في حد الخمر .

وروى « أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عثمان وعلى وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف إذا نزل به الأمر شاورهم فيه » ولا يخالف في استحباب ذلك .

قال أحمد : لما ولي سعد بن إبراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما .

وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما .

مأحسن هذا لو كان الحكم يفعلونه يشاورون وينتظرون ، ولأنه قد ينتبه بالمشاورة ويتذكر مانسيه بالذاكرة ، ولأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة ، وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضى ، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ؟ فقد روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه جاءته الجذتان فورث أم الأم وأسقط أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن سهل : يا خليفة رسول الله لقد أسقطت التي لو ماتت ورثها ، وورثت التي لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما <sup>(٥)</sup> .

وروى عمر بن شبة عن الشعبي أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر ، فجاءته امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين مارأيت رجلاً قط أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ويظل نهاره صائماً في اليوم الحار ما يفر ، فاستغفر لها وأثنى عليها وقال : مثلك أثنى الخير ، قال : واستعجيت المرأة فقامت راجعة . فقال كعب : يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ قال : وما شكت ؟ قال : شكت زوجها أشد الشكاية . قال : أو ذاك أرادت ؟ قال : نعم . قال : ردوا على المرأة ، فقال : لا بأس بالحق أن تقوليه ، إن هذا زعم أنك جئت

(١) أخرجه البيهقي عن الحسن ، وأخرج البيهقي في الشعب بسند حسن عن ابن عباس قال : لما نزلت (وشاورهم في الأمر) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أما إن الله ورسوله اثنين عنها ولكن جعلها الله رحمة لأمتي فمن استشار منهم لم يعدم رشداً ومن تركها لم يدم غياً » ف

(٢) فأشار أبو بكر بأخذ الفداء منهم ، وأشار عمر بضرب أعناقهم كما هو مشهور (ف) .

(٣) استشار سعد بن معاذ وسعد بن عباد في أن يشاطر الحارث النطفاني أهل المدينة في ترمهم فأبى . والقصة رواها البزار والطبراني عن أبي هريرة (ف) .

(٤) أخرجه أحمد والشافعي عن أبي هريرة (ف)

(٥) أخرجه مالك في الموطأ ج ١ ص ٣٣٥ وفيه « فقال له رجل من الأنصار : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو

حي كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما » (ف)

تشكين زوجك أنه يحتجب فراشك ، قالت : أجل إني امرأة شابة وإني لأبتغي ما يبتغي النساء ، فأرسل إلى زوجها فجاء ، فقال لسكعب : اقض بينهما ، قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضى بينهما ، قال : عزمت عليك التقضين بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال : فإني أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضى له بثلاثة أيام بلياليهن يتمدد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيت الأول أعجب إلى من الآخر ، اذهب فأنت قاض على البصرة .

إذا ثبت هذا : فإنه يشاور أهل العلم والأمانة . لأن من ليس كذلك فلا قول له في الحادثة ولا يسكن إلى قوله .

قال سفيان : وليسكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الأمانة ، ويشاور الموافقين والمخالفين ، ويسألهم عن حجبتهم ليمين له الحق .

### ( فصل )

٨٢٤١

والمشاورة هاهنا لاستخراج الأدلة ، ويعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يقلد غيره ويحكم بقول سواء ، سواء ظهر له الحق بخلافه غيره فيه أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت أو لم يضق ، وكذلك ليس للمقلد الفتيا بالتقليد ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأى من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد ، ولا : بمعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد .

ولنا : أنه من أهل الاجتهاد فلم يجوز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالجهتدين في القبلة ، وما ذكره ليس بصحيح ، فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ لم يجوز له أن يعمل به ، وإن كان لم يبين له الحق فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

### ( فصل )

٨٢٤٢

قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة يفقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليدكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكم باجتهاده فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ، لأن فيه افتياتاً عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً .

### ( فصل )

٨٢٤٣

وينبغي له أن يحضر شهوده مجلسه ، ليستوفى بهم الحقوق ، وتثبت بهم الحجج والحاضر فإن كان ممن

يحكم بعلمه فإن شاء أدناهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إلهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقرر ثم يفكر ويحدد فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا به .

٨٢٤٤ ( فصل )

وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها آئس أمرها بالصلح ، فإن أبيا آخرها إلى البيان ، فإن عاجلها قبل البيان لم يصلح حكمه .

وممن رأى الإصلاح بين الخصمين : شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشعبي والعمري ، وروى عن عمر أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضمان .

قال أبو عبيد : إنما يسهل الصلح في الأمور المشككة . أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين ، وتبين له موضع الظالم فليس له أن يحملها على الصلح . ونحوه قول عطاء ، واستحسنه ابن المنذر . وروى عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكين إلا مرة واحدة .

٨٢٤٥ ( فصل )

وإذا حدثت حادثة نظر في كتاب الله ، فإن وجدها وإلا نظر في سنة رسوله ، فإن لم يجدها نظر في القياس فألحقها بأشبه الأصول بها ، لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجمولون ، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور والإمام أحمد وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه . فروى سعيد أن عمر قال لشريح : أنظر ما يتبين لك في كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً ، وما لا يتبين لك في كتاب الله فاتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

٨٢٤٦ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ولا يحكم الحاكم بعلمه﴾

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن ، وهو أحد قولي الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك ، وهو قول أبي يوسف وأبي ثور والقول الثاني للشافعي واختيار المزني ، لأزني النبي صلى الله عليه وسلم لما قال له هند : إنا أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيه

وروى قال « خذى ما يكفيك ووليك بالمعروف » <sup>(١)</sup> لحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعله بصدقها .  
وروى ابن عبد البر في كتابه أن عروة ومجاهداً روي أن رجلاً من بني مخزوم استعدي عمر بن الخطاب  
على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا ، وقال عمر : إني لأعلم الناس بذلك ، وربما  
لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان ، فأتى أبي سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر : يا أبا سفيان انهض بنا إلى  
موضع كذا وكذا فنهضوا ، ونظر عمر فقال : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من هاهنا فضمه هاهنا ، فقال :  
والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فملاه بالدرّة وقال : خذه لا أم لك فضمه هاهنا  
فإليك ما علمت قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم إن عمر استقبل القبلة فقال : اللهم لك  
الحمد حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه وأذلته لي بالإسلام ، قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال :  
اللهم لك الحمد إذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما أذل به لعمر . قالوا : لحكم بعله ، ولأن  
الحاكم يحكم بالشاهدين لأنهما يفلبان على الظن ، فأتحققه وقطع به كان أولى ، ولأنه يحكم بعله في تصديق  
الشهود وجرحهم فكذلك في ثبوت الحق قياساً عليه .

وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعله ، لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة  
والمساهة ، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به ، لأنه ما علمه  
قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته .  
ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون  
ألحن من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه » <sup>(٢)</sup> فدل على أنه إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم . وقال  
النبي صلى الله عليه وسلم في قضية الحضري والكندى « شاهداك أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذاك » .

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما : أنت شاهدي ، فقال : إن شئنا  
شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد .

وذكر ابن عبد البر في كتابه عن عائشة رضي الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم  
على الصدقة ، فلاحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الأرش  
ثم قال : إني خاطب الناس ونخبرهم أنكم قد رضيت ، أرضيتهم ؟ قالوا : نعم ، فصعد النبي صلى الله عليه وسلم

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والسنائي وابن ماجه عن عائشة . (ف)

(٢) تمة الحديث « فن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليركها » أخرجه مالك

وأحمد والبخاري ومسلم وبقية الستة عن أم سلمة . (ف)

نخطب وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد فخطب الناس ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا نعم « وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال « لو رأيت حذاً على رجل لم أحده حتى تقوم البيعة » ولأن تجوز القضاء بعلمه يفضي إلى تهمة والحكم بما انتهى ويحيله على علمه . فأما حديث أبي سفيان فلا حجة فيه ، لأنه فتيا لا حكم ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكماً عليه لم يحكم عليه في غيبته . وحديث عمر الذي روه كان إنكاراً لمفكر رآه لا حكم بدليل أنه ما وجدت منهما دعوى وإنكار بشروطهما . ودليل ذلك ما روينا عنه ، ثم لو كان حكماً كان معارضاً بما روينا عنه . ويفارق الحكم بالشاهدين فإنه لا يفضي إلى تهمة بخلاف مسألتنا .

وأما الجرح والتعديل فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف ، لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل ، فإن المزيكين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما ، فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزيكين ، ثم كل واحد منهما يحتاج إلى مزيكين فينسلسل ، وما نحن فيه بخلافه .

### ( فصل )

٨٢٤٧

ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبيعة والإقرار في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان ، فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحد على أنه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لأنه حكم بعلمه .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٢٤٨

قال ﴿ ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً ﴾ .  
وجملة ذلك : أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه نظرت ، فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه ، وبهذا قال الشافعي وزاد : إذا خالف نصاً جلياً نقضه ، وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قالا : لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حكم بالشفعة لجار نقض حكمه ، وقال أبو حنيفة : إذا حكم ببيع مترك التسمية ، أو حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه . وقال محمد بن الحسن : إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه .

وحكى عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ، لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي

موسى لا يمنعك قضاء قضيته بالأس ، ثم راجعت نفسك فيه اليوم ، فهديت لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل ، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى من مالک أنه واقفهما في قضاء نفسه .

ولنا : على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً أنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو لم يخالف الإجماع . وبيان مخالفته للشرط أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر مماذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه ، كما لو خالف الإجماع ، أو كما لو حكم بشهادة كافرين . وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم .

فإن قيل : أليس إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة ثم بان له الخطأ لم يعد ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن استقبال القبلة يسقط حال العذر في حال المسابقة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق إلى غيره مع العلم بحال .

الثاني : أن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة .

الثالث : أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة فيشق القضاء ، وهاهنا إذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك .

وأما إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً ، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته ، لأن للصعابة رضى الله عنهم أجمعوا على ذلك ، فإن أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه . وعلى خلاف عمر في اجتهاده فلم ينقض أحكامه . وخالفهما على فلم ينقض أحكامهما . فإن أبا بكر سوى بين الناس في المعطاء وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ففاضل بين الناس ، وخالفهما على فسوى بين الناس وحرّم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله . وجاء أهل نجران إلى على فقالوا يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك ، فقال : وبحكم إن عمر كان رشيد الأمر ولن أرد قضاء قضى به عمر . رواه سعيد .

وروى أن عمر حكم في للشركة<sup>(١)</sup> بإسقاط الإخوة من الأبوين ، ثم شرك بينهم بعد وقال : تلك على

(١) الشركة : بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة أى الشرك فيها بين الشقيق والإخوة لأم . فلو مات امرأة عن زوج وأم وإخوة لأم وأخ شقيق فلا شيء للشقيق عند أبي بكر وعلى رضى الله عنهما ، وقد قضى عمر أولاً بهذا ، وكان زيد بن ثابت يقول : هبوا أباهم كان حملاً ما زادهم الأب إلا قرباً وأشرك بينهم في الثلث . أخرجه البيهقي ج ٦ ص ٢٥٥ بعد هذا وقعت واقعة جديدة فقضى فيها عمر برأى زيد بن ثابت . قال الحكمين مسعود : وأتى عمر بن الخطاب =

ما قضينا وهذه على ما قضينا . وقضى في الجدة بقضايا مختلفة ولم يرد الأولى ، ولأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمنزله ، وهذا يؤدي إلى أن لا يثبت الحكم أصلا ، لأن الحكم الثانى يخالف الذى قبله ، والثالث يخالف الثانى فلا يثبت حكم .

فإن قيل : فقد روى أن شريحا حكم في ابني عم أحدكما أخ لأم أن المال للأخ ، فرغ ذلك إلى على رضى الله عنه ، فقال : على بالعبد ، فجاء به ، فقال : في أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى ( وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَيْنَهُمْ أُولَىٰ بَيْنَهُمْ فِي كِتَابِ اللَّهِ )<sup>(١)</sup> فقال له على : قد قال الله تعالى ( وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّ )<sup>(٢)</sup> ونقض حكمه . قلنا : لم يثبت عندنا أن عليا نقض حكمه ، ولو ثبت فيجتمعل أن يكون على رضى الله عنه اعتقد أنه خالف نص الكتاب في الآية التي ذكرها فنقض حكمه لذلك .

### (فصل)

٨٢٤٩ .

إذا تغير اجتهاده قبل الحكم فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول ، لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل ، وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده في القبله بعد ما صلى لا يبعد ، وإن كان قبل أن يصلى [ صلى ]<sup>(٣)</sup> إلى الجملة التي تغير اجتهاده إليها . ولذلك إذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ، ولو بان بعد الحكم لم ينقضه .

### (فصل)

٨٢٥٠ .

وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ، لأن الظاهر صحتها وصوابها ، وأنه لا يولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإن تتبعها نظر في الحاكم قبله ، فإن كان ممن يصلح للقضاء فوافق من أحكامه الصواب أو لم يخالف كتابا ولا سنة ولا إجماعا لم يسغ نقضه ، وإن كان مخالفا لأحد هذه الثلاثة وكان في حق الله تعالى كالتقاضي والطلاق نقضه ، لأن له النظر في حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمي لم ينقضه رضى الله عنه في امرأة تركت زوجها وأما وإخوتها لأبها وأما فترك بين الإخوة للأُم وبين الإخوة للأُم والأب جعل الثلث بينهم سواء ، فقال رجل : إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا فقال : تلك على ما قضيت . يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم » أخرجه عبد الرزاق والدارقطنى والبيهقى كافى ص ٥٤ من إرشاد الرانض (ف)

(١) سورة الأنفال آية ٧٥

(٢) سورة النساء آية ١٢

(٣) هكذا في النسخ المطبوعة طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٠٦ والفق ص ٥٨ وفيها سقطت كلمة ( صلى ) وهى

في التشرح الكبير ج ١١ ص ٤١٥ (ف)



إلا بمطالبة صاحبه ، لأن الحاكم لا يستوفى حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبة ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه .

وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ ، لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كلاً قضاءً ، لعدم شرط القضاء فيه . وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، لأن الأول ليس باجتهاد . ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه ، فإن الحق وصل إلى مستحقه .

وقال أبو الخطاب : تنقض قضاياه كلها ، ما أخطأ فيه وما أصاب ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأن وجود قضائه كعدمه ولا أعلم فيه فائدة ، فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

## (فصل)

٨٢٥١

وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في قول جمهور العلماء ، منهم مالك والأوزاعي والشافعي ، وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وداود ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطناً . فلو أن رجلاً شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقبلهما القاضي بظاهر عدلتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بعمده الكذب . ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة وهو يعلم أنه كاذب وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم ، حلت له بذلك وصارت زوجته .

قال ابن المنذر : وتفرد أبو حنيفة فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبهما وزورهما ، فحكم الحاكم بطلاقها ، حل لها أن تنزوج ، وحل لأحد الشاهدين نكاحها . واحتج بما روى عن علي رضي الله عنه ، أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحها ، فرفضها إلى علي رضي الله عنه ، فشهد له شاهدان بذلك ف قضى بينهما بالزوجة ، فقالت : والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له . فقال : شاهدك زوجك . فدل على أن النكاح ثبت بحكمه ، ولأن اللعان يفسخ به النكاح ، وإن كان أحدهما كاذباً ، فالحكم أولى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فن قضيت له بشيء من حق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار » متفق عليه ، وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئاً فحكم له ، ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرماً عليه كاللحل المطلق .

وأما الخبر عن عليّ إن صح فلا حجة لهم فيه ، لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبا إلى التزويج ، لأن فيه طمناً على الشهود . فأما اللعان فإنما حصلت للفرقة به ، لا بصدق الزوج . ولهذا لو قامت للبينة به لم ينفسخ النكاح .

إذا ثبت هذا : فإذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته ، فإنها لا تحمل له ويلزمها في الظاهر ، وعليها أن تمتنع ما أمسكتها ، فإن أكرها عليه ، فالإثم عليه دونها ، وإن وطئها الرجل ، فقال أصحابنا وبعض الشافعية : عليه الحد لأنه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية . وقيل : لا حد عليه لأنه وطئ مخفان في حله فيكون ذلك شبهة ، وليس لها أن تزوج غيره . وقال أصحاب الشافعي : تحمل لزوج ثان ، غير أنها ممنوعة منه في الحكم . وقال القاضي : يصح النكاح .

ولنا : أن هذا يفضى إلى الجمع بين الوطاء المرأة من اثنين ، أحدهما : يطؤها بحكم الظاهر ، والآخر بحكم الباطن . وهذا فساد ، فلا يشرع ، ولأنها منكوبة لهذا الذي قامت له البينة في قول بعض الأئمة ، فلم يجوز تزويجها لغيره ، كالمتزوجة بغيره . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبي حنيفة في أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود ، والأول هو المذهب .

### (فصل)

٨٢٥٢

وإذا استمدى رجل على رجل إلى الحاكم ، ففيه روايتان : إحداهما : أنه يلزمه أن يمديه ويستدعي خصمه ، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وسواء كان المستدعي ممن يعامل المستمدى عليه أو لا يعامله ، كالفقير بدعي على ذي ثروة وهيئة ، نص على هذا في رواية الأثرم في الرجل يستمدى على الحاكم أنه يحضره ويستعلمه . وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن في تركه تضییعاً للحقوق وإقراراً للظلم ، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بفسب أو يشتري منه شيئاً ، ولا يوفيه أو يودعه شيئاً ، أو يعمره إياه فلا يردده ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يعد عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم فإنه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر عليّ عند شريح ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله .

والرواية الثانية : لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة ، ويدين أن لما ادعاه أصلاً . روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وهو مذهب مالك ، لأن في أعدائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات وإهانة لذوي الهيئات ، فإنه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم إلا فمل ، وربما فعل هذا من لاحق له ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من ماله . والأولى أولى ، لأن ضرر تضییع الحق أعظم من هذا . والمستدعي عليه أن يوكل من يقوم مقامه إن كره الحضور . وإن كان المستمدى عليه امرأة

نظرت ، فإن كانت برزوة وهى التى تبرز لقضاء حوائجها ، فحكمها حكم الرجل ، وإن كانت مخدرة وهى التى لا تبرز لقضاء حوائجها أمرت بالتوكيل ، فإن توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان فيستحلفها بحضرتها ، فإن أقرت شهدا عليها .

وذكر القاضى أن الحاكم يبعث من يقضى بينها وبين خصمها فى دارها ، وهو مذهب الشافعى ، لأن النبى قال « واغدا يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها <sup>(١)</sup> » فبعث إليها ولم يستدعها ، وإذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه ، فإن اعترفت للدعى أنها خصمه حكم بينهما . وإن أنكرت ذلك جئ بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ، ثم يحكم بينهما ، فإن لم تكن له بيعة التحقت بجليلاتها وأخرجت من وراء الستر لموضع الحاجة ، وما ذكرناه أولى إن شاء الله ، لأنه أستر لها . وإذا كانت خفرة منعها العياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها ، سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه .

## (فصل)

٨٢٥٣

ولا يخلو المستمدى عليه من أن يكون حاضراً أو غائباً ، فإن كان حاضراً فى البلد أو قريباً منه ، فإن شاء الحاكم بعث مع المستمدى عوناً يحضر للدعى عليه ، وإن شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه ، فإذا بعث معه ختماً فماد فذكر أنه امتنع أو كسر الختم بعث إليه عيوناً ، فإن امتنع أنفذ صاحب المونة فأحضره . فإذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره إن رأى ذلك بحسب ما يراه تأديباً له ، إما بالسكلام وكشف رأسه ، أو بالضرب . أو بالحبس فإن اختبأ بعث الحاكم من ينادى على بابه ثلاثاً أنه إن لم يحضر تكرر بابه وختم عليه ، ويجمع أمثال جيرانه ويشهدهم على إعداره ، فإن لم يحضر وسأل المدعى أن يسمر عليه منزله ويختم عليه ، وتقرر عند الحاكم أن المنزل منزله سمره أو ختمه ، فإن لم يحضر بعث الحاكم من ينادى على بابه بحضرة شاهدى عدل أنه إن لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلًا وحكم عليه ، فإن لم يحضر أقام عنه وكيلًا وسمع البيعة عليه وحكم عليه كما يحكم على الغائب ، وقضى حقه من ماله إن وجد له مالا . وهذا مذهب الشافعى وأبى يوسف وأهل البصرة . حكاه عنهم أحمد ، وإن لم يجد له مالا ولم تكن المدعى بيعة فمكان أحد ينكر التهجم عليه ويشتد عليه حتى يظهر .

وقال الشافعى . إن علم له مكاناً أمر بالمجوم عليه فيبعث خصياناً أو غلماناً لم يبلغوا الحلم ، وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل النساء والصبيان ، فإذا حصلوا فى صحن الدار دخل الرجال ، ويؤمر الخصيان بالتفتيش ، ويتفقد النساء النساء ، فإن ظفروا به أخذوه فأحضره ، وإن استمدى على غائب

(١) من حديث طويل أخرجه الجماعة عن أبى هريرة وزيد بن خالد ، وانظر نيل الأوطار ج ٧ ص ٨٦ (ف)

نظرت ، فإن كان الغائب فى غير ولاية القاضى لم يكن له أن يمدى عليه وله الحكم عليه على ما سذكروه إن شاء الله تعالى . وإن كان فى ولايته وله فى بلده خليفة ، فإن كانت له بيعة تؤيد الحق عنده وكتب به إلى خليفته ولم يحضره ، وإن لم تكن له بيعة حاضرة نفذه إلى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وإن لم يكن له فيه خليفة وكان فيه من يصلح للقضاء أذن له فى الحكم بينهما ، وإن لم يكن فيه من يصلح للقضاء قيل له : حرر دعواك ، لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خر الذمى فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فإنه لا مشقة فى حضوره ، فإذا تهررت بعث فأحضر خصمه ، بعدت المسافة أو قربت . وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو يوسف : إن كان يمكنه أن يحضر ويعود فياوئى إلى موضعه أحضره وإلا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما . وقيل : إن كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره وإلا فلا . ولنا : أنه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين . فإذا لم يمكن إلا بمشقة فعل ذلك ، كالوامتنع من الحضور فإنه يؤدب ويمزر ، ولأن إلحاق المشقة به أولى من إلحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما ، وإن كانت امرأة برزة لم يشترط فى سفرها هذا محرم . نص عليه أحمد لأنه لحق آدمى ، وحق آدمى مبوء على الشح والضيق .

### ( فصل )

٨٢٥٤

وإن استعصى على الحاكم المزعول لم يمهده حتى يعرف ما يدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضى عن الامتهان ، فإن ذكر أنه يدعى عليه حقاً من دين أو نهب أعداء وحكم بينهما كغير القاضى ، وكذلك إن ادعى أنه أخذ منه رشوة على الحكم ، لأن أخذ الرشوة عليه لا يجوز فعلى كالفصل ، وإن ادعى عليه الجور فى الحكم وكان للدمى بيعة أحضره وحكم بالبيعة ، وإن لم يكن معه بيعة ففيه وجهان : أحدهما : لا يحضره ، لأن فى إحضاره وسؤاله امتهاناً له ، وأعداء القاضى كثير ، وإذا فعل هذا معه لم يؤمن ألا يدخل فى القضاء أحد خوفاً من عاقبته .

والثانى : يحضره لجواز أن يعترف ، فإن حضر واعترف حكم عليه ، وإن أنكر فالتقول قوله من غير يمين ، لأن قول القاضى مقبول بعد العزل ، كما يقبل فى ولايته ، وإن ادعى عليه أنه قتل ابنه ظالماً فهل يستحضره من غير بيعة فيه وجهان ، فإن أحضره فاعترف حكم عليه وإلا فالتقول قوله . وإن ادعى أنه أخرج عنها من يده بغير حق فالتقول قول الحاكم من غير يمين ، ويقبل قوله للمحكوم له بها على ما سذكروه إن شاء الله تعالى .

### ( فصل )

٨٢٥٥

وإن ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زوراً أحضرهما ، فإن اعترقا أغرمهما ، وإن أنكرا ، والدمى

بينه على إقرارها بذلك ، فأقامها لزمها ذلك . وإن أنكرها لم يستعلقا ، لأن إحلانها يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتنان ، وربما منع ذلك إقامة الشهادة ، وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٢٥٦

قال ﴿ وإذا شهد عنده من لا يعرفه سأل عنه . فإن عدله اثنان قبل شهادته ﴾ .  
وجهه : أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان ، فإن عرفهما دليلين حكم بشهادتهما . وإن عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وإن لم يعرفهما سأل عنهما ، لأن معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وعن أحمد رواية أخرى : يحكم بشهادتهما إذا عرف إسلامهما بظاهر الحال إلا أن يقول الخصم : هما فاسقان . وهذا قول الحسن ، والمال والحد في هذا سواء ، لأن لظاهر من المسلمين العدالة . ولهذا قال عمر رضي الله عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض » .

وروى « أن أعرابياً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشهد برؤية الهلال ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أشهد أن لا إله إلا الله ؟ فقال : نعم ، فقال : أنشهد أني رسول الله ؟ قال : نعم ، فصام وأمر الناس بالصيام<sup>(١)</sup> » ولأن العدالة أصرخى ، سببها الخوف من الله تعالى ، ودليل ذلك الإسلام ، فإذا وجد فليكتف به ما لم يقم على خلافه دليل . وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى ، وفي سائر الحقوق كالأثانية ، لأن الحدود والقصاص مما يحاط لها وتندريء بالشبهات بخلاف غيرها .

ولنا : أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالإسلام ، أو كالمؤمنين فيهما ، فأما الأعرابي المسلم فإنه كان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله تعالى عليهم ، فإن من ترك دينه في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم لإثارة الدين الإسلام وصحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبتت عدالته .

وأما قول عمر ، فالمراد به أن الظاهر العدالة ، ولا يمنع ذلك في وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة ، فقد روى عنه « أنه أتى بشاهدين ، فقال لهما عمر : لست أعرفكما ، ولا يضر كما إن لم أعرفكما ، جيئنا بمن يعرفكما ، فأقيا برجل ، فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتكما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا ، قال : علمتكما في الدنانير والدرهم التي تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا ، قال : كنت جاراً لهما نعرف صاحبهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : يا ابن أخي لست تعرفهما ، جيئنا بمن يعرفكما » وهذا بحث يدل على أنه لا يكتفى بدونه .

إذا ثبت هذا : فإن الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والعدالة ، فليس فيها

(١) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن ابن عباس (ف)

ما يخفى ويحتاج إلى البحث إلا العدالة فيحتاج إلى البحث عنها لقول الله تعالى (يَنْتَ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) <sup>(١)</sup> ولا نعلم أنه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنه فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم وكنائهم ونسبهم ، ويرفعون فيها بما يتميزون به عن غيرهم ، ويكتب صنائعهم ومعاشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلهم ونحلهم ، فيكتب أسود أو أبيض أو أزرق أو أغم أو أشهل أو أكل ، أفنى الأنف أو أفطس أو رقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل أو قصير أو ربة ، ونحو هذا يتميز ، ولا يقع اسم على اسم ، ويكتب اسم الشهود له والشهود عليه وقدر الحق ، ويكتب ذلك كله لأصحاب مسأله لكل واحد رقعة .

وإنما ذكرنا الشهود له ثلاثا يكون بينه وبين الشاهد قرابة تمنع الشهادة أو شركة . وذكرنا اسم الشهود عليه ليعرف ثلاثا تكون بينه وبين الشاهد عداوة . وذكرنا قدر الحق لأنه ربما كان ممن يرون قبوله في البسر دون الكثير فتطيب نفس للزكي به إذا كان بسيراً ولا تطيب إذا كان كثيراً .

ويبنى للقاضي : أن يخفى عن كل واحد من أصحاب مسأله ما يعطى الآخر من الرقاع ثلاثا يتواطئوا ، وإن شاء الحاكم عين لصاحب مسأله من يسأله ممن يعرفه من جوار الشاهد وأهل الخبرة به ، وإن شاء أطلق ولم يعين المستول ، ويكون السؤال سرّاً ثلاثا يكون فيه هتك المستول عنه ، وربما يخاف المستول من الشاهد أو من الشهود له أو الشهود عليه أن يخبر بما عنده أو يستحي .

ويبنى أن يكون أصحاب مسأله غير معروفين له ثلاثا يقصدوا بهدية أو رشوة ، وأن يكونوا أصحاب عناف في الطعمة والأنفس ، ذوى عقول وافرة ، أبرياء من الشحناء والبغض ثلاثا يطعنوا في الشهود أو يسألوا من الشاهد عدوه فيطمئن فيه فيضيق حق للشهود له ، ولا يسكونون من أهل الأهواء والمصيبة ، يميلون إلى من واقفهم على من خالفهم ، ويكونون أمناء ثقات ، لأن هذا موضع أمانة . فإذا رجع أصحاب مسأله فأخبر اثنين بالعدالة قبل شهادته ، وإن أخبرا بالجرح رد شهادته وإن أخبر أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بحث آخرين ، فإن عادا فأخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح ، لأن بينته لم تتم ، وإن أخبرا بالجرح ثبتت وردّ الشهادة ، وإن أخبر أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل تمت البينتان ويقدم الجرح ، ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ، ويقبل قول أصحاب المسائل ، وقيل لا يقبل إلا شهادة المستولين ويكلف اثنين منهم أن يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شروط الشهادة في اللفظ وغيره ولا تقبل من صاحب المسألة ، لأن ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الأصل .

ووجه القول الأول أن شهادة أصعاب المسائل شهادة استفاضة لا شهادة على شهادة ، فيسكتني بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ، ولأنه موضع حاجة فلا يلزم المزكي الحضور للتزكية ، وليس للحاكم إجباره عليها ، فصار كالمرض والغيبة في سائر الشهادات ، ولأننا لو لم نكتف بشهادة أصعاب المسائل لتعذرت للتزكية لأنه قد يتفق ألا يكون في جيران الشاهد من يعرفه الحاكم فلا يقبل قوله فيفوت التعديل والجرح .

٨٢٥٧

(فصل)

قال القاضي : ولا بد من معرفة إسلام الشاهد ، ويحصل ذلك بأحد أربعة أمور :  
أحدها : إخباره عن نفسه أنه مسلم ، أو إتيانه بكلمة الإسلام وهي شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، لأنه لو لم يكن مسلماً صار مسلماً بذلك .  
الثاني : اعتراف المشهود عليه بإسلامه ، لأن ذلك حق عليه .  
الثالث : خبرة الحاكم ، لأننا اكتفينا بذلك في عدالته فكذلك في إسلامه .

الرابع : بيعة تقوم به . ولا بد من معرفة الحرية في موضع تعتبر فيه ، ويمكن في ذلك أحد أمور ثلاثة :  
بيعة ، أو اعتراف المشهود عليه ، أو خبرة الحاكم ، ولا يكفي اعتراف الشاهد لأنه لا يملك أن يصير حراً فلا يملك الإقرار به بخلاف الإسلام .

٨٢٥٨

(فصل)

وإذا شهد عند الحاكم بمجهول الحال ، فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان :  
أحدهما : يلزم الحاكم الحكم بشهادته ، لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ، ولأنه إذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ بإقراره كسائر أقراره .  
والثاني : لا يجوز الحكم بشهادته ، لأن في الحكم بها تمديلاً له ، فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به ، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم عليه مع تعديله ، أو مع انتفائه . لا يجوز أن يقال مع تعديله ، لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد ، ولا يجوز مع انتفاء تعديله ، لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ، ومذهب الشافعي مثل هذا ، فإن قلنا بالأول فلا يثبت تعديله في حق غير المشهود عليه ، لأنه لم توجد بيعة التعديل ، وإنما حكم عليه لإقراره بوجود شروط الحكم ، وإقراره يثبت في حقه دون غيره ، كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره ثبت في حقه دون غيره .

## ﴿مسألة﴾

٨٢٥٩

قال ( وإن عدله اثنان وجرحه اثنان ، فالجراحة أولى ) .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : ينظر أيهما أعدل ؟ اللذان جرحاه أو اللذان عدلاه ؟ فيؤخذ بقول أعدلهما .

ولنا : أن الجراح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه ، لأن التعديل يتضمن ترك الربب والمحارم ، والجراح مثبت لوجود ذلك ، والإثبات مقدم على النفي ، ولأن الجراح يقول : رأيته يفعل كذا ، والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل . ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بأن يراه الجراح بفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحاً .

## ( فصل )

٨٢٦٠

ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ، وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وابن المنذر ، وروى عن أحمد يقبل ذلك من واحد ، وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة ، لأنه خبر لا يمتبر فيه لفظ الشهادة ، فقبل من واحد كالرواية .

ولنا : أنه إثبات صفة من يبنى الحاكم حكمه على صفته ، فاعتبر فيه العدد كالحضارة ، وفارق الرواية فإنها على المساهلة ، ولا نسلم أنها لا تقتصر إلى لفظ الشهادة . ويعتبر في التعديل والجرح لفظ الشهادة ، فيقول في التعديل : أشهد أنه عدل وبكفي هذا ، وإن لم يقل : عَليّ وليّ ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية ، وقال أكثرهم : لا يكفي إلا أن يقول عدل : عَليّ وليّ . واختلفوا في تعليقه ، فقال بعضهم : لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة ، وقال بعضهم : لئلا يكون عدلا في شيء دون شيء .

ولنا : قول الله تعالى ( وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ )<sup>(١)</sup> فإذا شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما ، فيدخل ذلك في عموم الأمر ، لأنه إذا كان عدلا لزم أن يكون له وعليه وفي حق سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج إلى ذكره ، ولا يصح ماذكروه ، فإن الإنسان لا يكون عدلا في شيء دون شيء ، ولا في حق شخص دون شخص ، فإنها لا توصف بهذا ولا تنتفي أيضاً بقوله عدل عَليّ وليّ ، فإن من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة ، وإنما ترد شهادته للثمة مع كونه عدلا . ثم إن هذا إذا كان معلوماً انتفاؤه بينهما لم يحتاج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه ، كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته لم يحتاج إلى أن يبنى



عن نفسه ذلك ، ولأن العداوة لا تمنع من شهادته له بالتزكية ، وإنما تمنع الشهادة عليه وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة به إلى نفي العداوة ،

### ٨٢٦١ (فصل)

ولا يكفي أن يقول لا أعلم منه إلا الخير ، وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو يوسف : يكفي لأنه إذا كان من أهل الخبرة به ولا يعلم إلا الخير فهو عدل .

ولنا : أنه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تمديلاً ، كما لو قال : أعلم منه خيراً ، وما ذكره لا يصح ، لأن الجاهل بحال أهل الفسق لا يعلم منهم إلا الخير ، لأنه يعلم إسلامهم وهو خير مما ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول .

### ٨٢٦٢ (فصل)

قال أصحابنا : ولا يقبل التعديل إلا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة ، وهذا مذهب الشافعي لخبر عمر الذي قدمناه ، ولأن عادة الناس إظهار الصالحات وإسرار المعاصي ، فإذا لم يكن ذا خبرة باطنة ربما اغتر بحسن ظاهره وهو فاسق في الباطن ، وهذا يحتمل أن يريدوا به أن الحاكم إذا علم أن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل ، كما فعل عمر رضي الله عنه . ويحتمل أنهم أرادوا أنه لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا أن تكون له خبرة باطنة . فأما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال ، فله أن يقبل الشهادة من غير كشف ، وإن استكشف الحال كما فعل عمر رضي الله عنه فلا بأس .

### ٨٢٦٣ (فصل)

ولا يسمع الجرح إلا مفسراً ، ويعتبر فيه اللفظ ، فيقول : أشهد أنني رأيته يشرب الخمر ، أو يماثل بالربا ، أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم ، أو سمعته يقذف ، أو يعلم ذلك باستفاضته في الناس ، ولا بد من ذكر السبب وتعيينه ، وبهذا قال الشافعي وسوار . وقال أبو حنيفة : يقبل الجرح المطلق ، وهو أن يشهد أنه فاسق أو أنه ليس بعدل . وعن أحمد مثله ، لأن التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجرح ، ولأن التصريح بالسبب يجعل الجراح فاسقاً ويوجب عليه الحد في بعض الحالات ، وهو أن يشهد عليه بالزنا ، فيفرض الجرح إلى جرح الجراح وتبطل شهادته ولا يتجرع بها الجروح .

ولنا : أن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب النبيذ ، فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضي جرحاً ، ولأن الجرح ينقل عن الأصل ، فإن الأصل في المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد أن يعرف الناقل لئلا يعتقد أنه بما لا يراه الحاكم ناقلاً .

وقولهم : إنه يفضى إلى جرح الجارح وإيجاب الحد عليه .

قلنا : ليس كذلك ، لأنه يمكنه التعريض من غير تصريح .

فإن قيل : ففى بيان السبب هتك الجروح .

قلنا : لا بد من هتكه ، فإن الشهادة عليه بالفسق هتك له ، ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية إليه ، كما جازت الشهادة عليه به لإقامة الحد عليه ، بل هاهنا أولى ، فإن فيه دفع الظالم عن المشهود عليه وهو حق آدمى فكان أولى بالجواز ، ولأن هتك عرضه بسببه ، لأنه تعرض للشهادة مع ارتكابه ما يوجب جرحه ، فكان هو الهاتك لنفسه ، إذ كان فعله هو المحوج للناس إلى جرحه ، فإن صرح الجارح بقذفه بالزنا فمليه الحد إن لم يأت بإمام أربعة شهداء ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافى : لا حد عليه إذا كان بلفظ الشهادة ، لأنه لم يقصد إدخال العرة عليه .

ولنا : قول الله تعالى ( وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً )<sup>(١)</sup> الآية ، ولأن أبا بكره ورفيقه شهدوا على المفيرة بالزنا ولم بكل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضر الصحابة فلم ينكره منكراً فكان إجماعاً . ويبطل ما ذكره بما إذا شهدوا عليه لإقامة الحد عليه .

### ( فصل )

٨٢٦٤

وإذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فردّ شهادتهما لنفسهما ، بطلت شهادتهما ، لأن الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية .

### ( فصل )

٨٢٦٥

ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء . وقال أبو حنيفة : يقبل ، لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، فأشبهه الرواية وإخبار الديات .

ولنا : أنها شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال ، فأشبهه للشهادة في القصاص ، وما ذكره غير مسلم .

### ( فصل )

٨٢٦٦

ولا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء ، فلو قال المشهود عليه : هذان فاسقان أو عدوان لى أو آباء للمشهود له لم يقبل قوله ، لأنه متهم فى قوله ويشهد بما يجر إليه نفعا فأشبهه للشهادة لنفسه ، ولوقبلنا

قوله لم يشأ أحد أن يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطلها ، ففضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة .

( فصل )

٨٢٦٧

ولا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما لم تقبل شهادتهما .  
وقال مالك : يقبلهما إذا رأى فيهما سيما الخبر ، لأنه لا سبيل إلى معرفة عدالتهما ، ففي التوقف عن قبولهما  
تضييع الحقوق ، فوجب الرجوع فيهما إلى السيماء الجميلة .

ولنا : أن عدالتهما مجعولة ، فلم يميز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحضر . وما ذكره معارض بأن  
قبول شهادتهما يفضي إلى أن يقضى بشهادتهما بدفع الحق إلى غير مستحقة .

( فصل )

٨٢٦٨

قال أحمد : ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قليل ، لأن الرجل ينتقل من حال إلى حال ، وهل  
هذا مستعجب أو واجب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : مستعجب ، لأن الأصل بقاء ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح .

والثاني : يجب البحث كلما مضت مدة يتغير الحال فيها ، لأن العيب يحدث ، وذلك على ما يراه الحاكم .  
ولأصحاب الشافعي وجهان مثل هذين .

( فصل )

٨٢٦٩

وليس للحاكم أن يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم ، لأن الله تعالى قال (وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) <sup>(١)</sup>  
ولأن فيه إضراراً بالناس ، لأن كثيراً من الوقائع التي يحتاج إلى البينة فيها تقع عند غير المرتبين ، ففي ادعى  
إنسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والظفر في عدالة شاهده ، ولا يجوز ردهم بكونهم  
من غير المرتبين ، لأن ذلك يخالف الكتاب والسنة والإجماع ، لكن له أن يرتب شهوداً يشهدهم الناس  
فيستغنون بإشهادهم عن تعديلهم ويستغنى الحاكم عن الكشف عن أحوالهم ، فيكون فيه تخفيف من وجه  
ويكونون أيضاً يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم إذا شهد .

( فصل )

٨٢٧٠

ولا بأس أن يبط الشاهدين . كما روى عن شريح أنه كان يقول للشاهدين إذا حضرا : يا هذان  
ألا تريان ؟ إني لم أدعكما ولست أمنعكما أن ترجما ، وإنما بقضى على هذا أنما ، وأنا متق بكما فأتقيا . وفي لفظ:  
وإني بكما أفضى اليوم ، وبكما أتقى يوم القيامة .

وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة ، فجاء رجل فادعى على رجل

حقاً فأنكره ، فأحضر للدعي شاهدين فشهداه ، فقال المشهود عليه : والذي به تقوم السماء والأرض لقد كذبا علي في الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمي مافي حواصلها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا تزول قدماء حتى يتبوا مقعده من النار<sup>(١)</sup> » فإن صدقنا فائبتا ، وإن كذبتا فنعطيا رءوسكما وانصرفا ، ففطيارا وسهما وانصرفا .

٨٢٧١ : لم : ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويكون كاتبه عدلاً وكذلك قاسمه ﴾

وجملته : أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتباً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استكتب زيد بن ثابت وغيره ولأن الحاكم تكثر أشغاله ونظره فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه ، وإن أمكنه تولى الكتابة بنفسه جاز والاستفاضة فيه أولى . ولا يجوز أن يسقيب في ذلك إلا عدلاً ، لأن الكتابة موضع أمانة .

ويستحب أن يكون فقيهاً ليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ، ويفرق بين الجائز والواجب . وينبغي أن يكون وافر العقل ورعاً نزهةً لئلا يستمال بالطمع ، ويكون مسلماً ، لأن الله تعالى قال ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْتُونَكُمْ خَبَراً )<sup>(٢)</sup> .

ويروى أن أبا موسى قدم على عمر رضي الله عنه ومعه كاتب نصراني ، فأحضر أبو موسى شيئاً من مکتوباته عند عمر فاستعصنه وقال : قل لكاتبك يحیی فیقرأ كتابه ، قال : إنه لا يدخل المسجد ، قال : ولیم ؟ قال : إنه نصراني ، فأنهره عمر وقال : لا تأمنوهم وقد خونتهم الله تعالى ، ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ، ولا تعزوم وقد أذلم الله تعالى . ولأن الإسلام من شروط العدالة ، والعدالة شرط . وقال أصحاب الشافعي : في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان :

أحدهما : تشترط لما ذكرنا .

والثاني : لا تشترط لأن ما يكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه فتؤمن الخيانة فيه .

ويستحب أن يكون جيد الخط ، لأنه أكل ، وأن يكون حراً ليخرج من الخلاف ، وإن كان عبداً جاز ، لأن شهادة العبد جائزة ، ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ، ولا بد من كونه حاسباً لأنه عمله وبه يقسم ، فهو كالخط للكاتب والفقهاء للحاكم

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٢٢٢ ولفظه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الطير لتضرب بمناقيرها وتحرك أذيالها من هول يوم القيامة ، وما يتكلم به شاهد الزور ، ولا تفرق قدماء الأرض حتى يقذف به في النار » (ف) .

(٢) سورة آل عمران آية ١١٨

ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه ليُشاهد ما يكتبه ، ويشافهه بما يلى عليه ، وإن قعد ناحية جاز لأن المقصود يحصل ، فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه .

## ٨٢٧٢ (فصل)

وإذا ترفع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه ، فقال المقر له للحاكم : أشهد لي على إقراره شاهدين ، لزمه ذلك ، لأن الحاكم لا يحكم بمله فربما جعد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بمله ، ولو كان يحكم بمله احتل أن ينسى ، فإن الإنسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم بإقراره ، وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو يمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه ، لأنه لا حجة للمدعى سوى الإشهاد ، وإن ثبتت عنده بيعة فسأله الإشهاد ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه ، لأن بالحق بيعة ، فلا يجب جعل بيعة أخرى .

والثاني : يجب لأن في الإشهاد فائدة جديدة وهي إثبات تعديل بيئته وإلزام خصمه ، وإن حلف المفكر وسأل الحاكم الإشهاد على براءته لزمه ليسكون حجة له في سقوط المطالبة مرة أخرى . وفي جميع ذلك إذا سأله أن يكتب له محضراً بما جرى ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ذلك ، لأنه وثيقة له ، فهو كالإشهاد ، لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين ، فلا يذكرهما إلا ذوى خطيئتهما .

والثاني : لا يلزمه ، لأن الإشهاد يكفيه ، والأول أصح ، لأن الشهود تسكنر عليهما الشهادات ويطول عليهم الأمد ، فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققاً يحصل به أداؤها ، فلا يقتيد إلا بالكتاب . فإن اختار أن يكتب له محضراً فصفته :

حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله لإمام فلان على كذا وكذا ، وإن كان خليفة القاضي قال : خليفة القاضي فلان بن فلان الفلاني عبد الله قاضي الإمام ، بمجلس حكمه وقضائه ، فإن كان يعرف المدعى والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما قال : فلان بن فلان الفلاني ، وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني ، ويرفع في نسبهما حتى يتميز . ويستحب ذكر حليتهما ، وإن أخل به جاز ، لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغى عن ذكر الحلية . وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال : مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني ، وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني ، ويرفع في نسبهما ، ويذكر حليتهما ، لأن الاعتماد عليهما فربما استعار النسب ويقول اغم أو أنزع ، ويذكر صفة العيين والأذن والفم والحاجبين واللون والطول والقصر ، ما ادعى عليه كذا وكذا فأقر له ، ولا يحتاج أن يقول بمجلس حكمه لأن الإقرار يصح في غير مجلس الحكم .

وإن كتب أنه شهد على إقراره شاهدان كان أو كد . ويكتب الحاكم على رأس المحضر: الحمد لله رب العالمين أو ما أحب من ذلك .

فأما إن أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بيعة قال : قادمي عليه كذا وكذا فأنكر ، فسأل الحاكم المدعى الك بيعة فأحضرها ، وسأل الحاكم سماعها ففعل ، وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى فأجابه إليه ، وذلك في وقت كذا ، ويحتاج هاهنا أن يذكر بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الإقرار ، لأن البيعة لا تسمع إلا في مجلس الحكم ، والإقرار بخلافه .

ويكتب الحاكم في آخر المحضر : شهدا عندي بذلك ، فإن كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما : شهد عندي بذلك ، ويكتب علامته في رأس المحضر ، وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز .

فأما إن لم تسكن المدعى بيعة فاستحلف المنكر ، ثم سأل المنكر الحاكم محضراً لثلاث يحلف في ذلك ثانياً كتب له مثل ما تقدم ، إلا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى الك بيعة فلم تسكن له بيعة ، فقال : لك يمينه ، فسأله أن يستحلفه فاستحلفه في مجلس حكمه وقضائه في وقت كذا وكذا ، ولا بد من ذكر تحليفه ، لأن الاستحلاف لا يكون إلا في مجلس الحكم ويعلم في أوله خاصة ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فنسكل عنها ، فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فقفى عليه في وقت كذا ويعلم في آخره ، ويذكر أن ذلك في مجلس حكمه وقضائه ، فهذه صفة المحضر .

فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت في المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ، ألزمته الحق ، أنفذت الحكم به . فإن طالبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصيل له الوثيقة به . فإن طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب في المحضر ويشهد على إنفاذه سجل له . وفي وجوب ذلك الوجهان المذكوران في المحضر . وهذه صورة السجل :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أشهد عليه للقاضي فلان بن فلان للفلاي ، قاضي عبد الله الإمام ، على كذا وكذا ، في مجلس حكمه وقضائه في موضع كذا وكذا ، في وقت كذا وكذا ، أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ونسبهما ، وقد عرفهما بما ساغ له به قبول شهادتهما عنده بما في كتاب نسخته ، وينسخ الكتاب إن كان معه أو المحضر في أي حكم كان ، فإذا فرغ منه قال بعد ذلك : لحكم به فأنفذه وأمضاه بعد أن سأله فلان بن فلان أن يحكم له به . ولا يحتاج أن يذكر أنه بمحضر المدعى عليه ، لأن القضاء على الغائب جاز ، فإن أراد أن يذكره احتياطاً قال : بعد أن حضره من ساغ له الدعوى عليه ، ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين :

إحداهما : تسكون في يد صاحب الحق .

والأخرى : تكون في ديوان الحكم . فإن هلك لإحدهما ثابت الأخرى عنها ، ويحتمل الذي في ديوان الحكم ، ويكتب على طيه : سجل فلان بن فلان ، أو محضر فلان بن فلان ، أو وثيقة فلان بن فلان . فإن كثر ما عنده جمع ما يجتمع في كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها ، وشدها أضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ، ثم يضم ما يجتمع في السنة ويدعها ناحية ويكتب عليها كتب سنة كذا ، حتى إذا حضر من يطالب شيئاً منها سام<sup>(١)</sup> عن السنة فيخرج كتب تلك السنة ويسهل ، وينبغي أن يتولى جمعها وشدها بنفسه لئلا يزور عليه ، فإن تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

## (فصل)

٨٢٧٣

وينبغي أن يحمل من بيت المال شيء برسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات ، لأنه من المصالح ، فإنه يحفظ به الوثائق ، ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ، ويرجع بالدرك على من رجع عليه ، فإن أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ، ويقول لصاحب الحق إن شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فإنه حجة لك ولست أكرهك عليه .

## (فصل)

٨٢٧٤

وإذا ارتفع إليه خصمان ، فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكم ، فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه ، فإن ذكر ذلك حكم به ، وإن لم يذكره لم يحكم به ، نص عليه أحمد في الشهادة ، قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن . وعن أحمد رضى الله عنه أنه يحكم به ، وبه قال ابن أبي ليلى . وهذا الذي رأيت عن أحمد في الشهادة ، لأنه إذا كان في قطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحاً .

ووجه الأولى أنه حكم حاكم لم يملكه فلم يجز إنفاذه إلا ببيينة كحكم غيره ، ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط .

فإن قيل : فلو وجد في دفتر أبيه حقاً على إنسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه .

قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الإجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ، ولو وجد حكم أبيه مكتوباً بخطه لم يجز له إنفاذه ، ولأنه يمكن الرجوع فيما حكم به عليه إلى نفسه ، لأنه فعل نفسه فروع ذلك . وأما ما كتبه أبوه فلا يمكن الرجوع فيما حكم به إلى نفسه فيكفي فيه الظن .

(١) في نسخ المغنى (سام) ولعلها (سأل) . (ف)

٨٢٧٥

(فصل)

فإن ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي ، فذكر الحاكم حكمه ، أمضاه وألزم خصمه ما حكم به عليه ، وليس هذا حكماً بالعلم إنما هو إمضاء لحكمه السابق ، وإن لم يذكره القاضي ، فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولها وإمضاء القضاء ، وبه قال ابن أبي إيلي ومحمد بن الحسن . قال القاضي : هذا قياس قول أحمد لأنه قال : يرجع الإمام إلى قول اثنين فصاعداً من المؤمنين . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي : لا يقبل ، لأنه يمكنه الرجوع إلى الإحاطة والعلم ، فلا يرجع إلى الظن كالشاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد لم يكن له أن يشهد .

ولنا : أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل ، فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه ، ولأنهما شهدا بحكم حاكم ، وما ذكروه لا يصح ، لأن ذكر ما نسيه ليس إليه ، ويخالف الشاهد ، لأن الحاكم يعضى ما حكم به إذا ثبت عنده ، والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته وإنما يعضيها الحاكم .

﴿ مسألة ﴾

٨٢٧٦

قال ﴿ ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل ولايته ﴾ :

وذلك لأن الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه ليعتقن به في الحكم فقتشه الرشوة . قال مسروق : إذا قبل القاضي الهدية أكل السحت ، وإذا قبل الرشوة بلغت به الكفر .

وقد روى أبو حميد الساعدي قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثبيّة على الصدقة ، فقال : هذا لكم وهذا أهدي إلى » ، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال عامل نبعثه فيبعي . فيقول هذا لكم وهذا أهدي إلى ، ألا جلس في بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذي نفس محمد بيده لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة ، إن كان بغيراً له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيمّر <sup>(١)</sup> فرفع يديه حتى رأيت عفرة <sup>(٢)</sup> أبطيه ، فقال : اللهم هل بلغت ثلاثاً ؟ » متفق عليه

ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوصل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه ، فلم يجز قبولها منه كالرشوة ، فأما إن كان يهدي إليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية ، لأنها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها .

(١) الرغاء : صوت البعير — الخوار : صوت البقرة — تيمر : تصيح . (ف)

(٢) عفرة : بضم العين وفتحها والأشهر الضم : وهي البياض الذي ليس بناصع بل فيه شيء كلون الأرض قالوا : وهو مأخوذ من عفر الأرض وهو وجهها ، وعفر وزن قر . (ف)



قال القاضي : ويستحب له التزهد عنها ، وإن أحس أنه يقدمها بين يدي خصومه أو فعلها حال الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لأنها كالرشوة ، وهذا كله مذهب الشافعي . وروى عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم ، وفيما ذكرنا دلالة على التحريم .

( فصل — ل )

٨٢٧٧

فأما الرشوة في الحكم ، ورشوة العامل ، فحرام بلا خلاف . قال الله تعالى ( أَكْثُلُونَ لِلرُّشُوتِ )<sup>(١)</sup> قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره : هو الرشوة . وقال : إذا قبل القاضي الرشوة باغت به إلى الكفر . وروى عبد الله بن عمر قال « لمن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشى » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . ورواه أبو هريرة وزاد « في الحكم » ورواه أبو بكر في زاد للشافعي وزاد « والرائش » وهو السفير بينهما . ولأن المرتشى إنما يرشى ليحكم بغير الحق أو ليوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم .

قال مسروق : سألت ابن مسعود عن السعت أهو الرشوة في الحكم ؟ قال لا . ( وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ — وَالظَّالِمُونَ — وَالْفَاسِقُونَ )<sup>(٢)</sup> ولكن السعت أن يستعينك الرجل على مظلة فيهدى لك فلا تقبل .

وقال قتادة : قال كعب : الرشوة تسفه الحليم ، وتعمى عين الحكيم .

فأما الراشي فإن رشاه ليحكم له بباطل ، أو يدفع عنه حقاً فهو ملمون ، وإن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه ، فقد قال عطاء وجابر بن زيد والحسن : لا بأس أن يعانع عن نفسه . قال جابر بن زيد : ما رأينا في زمن زيد أنفع لنا من الرشا ، ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره ، فإن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها إلى أربابها ، لأنه أخذها بغير حق فأشبهه الأخوذ بعقد فاسد . ويحتمل أن يجعلها في بيت المال ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن التبية بردها على أربابها ، وقد قال أحمد : إذا أهدى الطريق لصاحب الجبش عيناً أو فضة لم تكن له دون سائر الجبش . قال أبو بكر : يكونون فيه سواء .

( فصل — ل )

٨٢٧٨

ولا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه ، لما روى أبو الأسود السالكي عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما عدل وال تجر في رعيته أبداً »<sup>(٣)</sup> ولأنه يعرف فيجانب فيكون كالمهنية ، ولأن ذلك يشغله عن النظر في أمور الناس .

(١) سورة المائدة آية ٤٢ . (٢) سورة المائدة ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرج ٣ ص ٩٦ . (ف)

وقد روى عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق ، فقالوا يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يسمعك أن تشتغل عن أمور المسلمين « قال : فإنى لا أدع عمالي يضيعون » قالوا : فنحن نفرض لك ما يكفيك ، ففرضوا له كل يوم درهمين .

فإن باع واشترى صح البيع ، لأن البيع تم بشروطه وأركانه ، وإن احتاج إلى مباشرته ولم يكن له من يكفيه جاز ذلك ولم يكره ، لأن أبا بكر رضى الله عنه قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام بعماله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة . وأما إذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره له لما ذكرناه من المعنيين . وينبغى أن يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى ، وهذا مذهب الشافعى . وحكى عن أبي حنيفة أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف لما ذكرنا من قضية أبي بكر رضى الله عنه .

ولنا : ما ذكرناه .

وروى عن شريح أنه قال : شرط على امرئ حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان .

وقضية أبي بكر حجة لنا : فإن الصحابة أنكروا عليه فاعتذر بحفظ عماله عن الضياع ، فلما أغضوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم قيل قتلهم وترك التجارة ، فحصل الانفاق منهم على تركها عند الفنى عنها .

( فصل )

٨٢٧٩

ويموز للحاكم حضور الولائم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحضرها ويأمر بحضورها ، وقال « من لم يحب فقد عمى الله ورسوله »<sup>(١)</sup> فإن كثرت وازدحمت تركها كلها ولم يجب أحداً ، لأن ذلك يشغله عن الحكم الذى قد تعين عليه ، لكنه يعتذر إليهم ويسألهم التحليل ، ولا يجب ببعضاً دون بعض ، لأن فى ذلك كسراً لقلب من لم يجبه ، إلا أن يختص ببعضها بعذر يعمه دون بعض ، مثل أن يكون فى إحداها منكر أو تسكون فى مكان بعيد ، أو يشتغل بها زمناً طويلاً ، والأخرى بخلاف ذلك فله الإجابة إليها دون الأولى ، لأن عذره ظاهر فى التخلف عن الأولى .

( فصل )

٨٢٨٠

وله عيادة المرضى ، وشهود الجناز ، وإتيان مقدم الغائب ، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس ، لأنه قرينة وطاعة ، وإن كثرت ذلك فليس له الاشتغال به عن الحكم ، لأن هذا تبرع فلا يشتغل به عن الفرض .

(١) « من لم يحب الدعوة فتر عمى الله ورسوله » أخرجه مسلم عن أبي هريرة . (ف)

وله حضور البعض دون البعض ، لأن هذا يفعله لنفع نفسه لتحصيل الأجر والقربة له ، والولائم يراعى فيها حق الداعي فينكسر قلب من لم يحبه إذا أجاب غيره .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٢٨١

قال ﴿ ويمدل بين الخصمين في الدخول عليه ، والمجلس ، والخطاب ﴾ .

وجملته : أن على القاضى المدل بين الخصمين في كل شيء من المجلس ، والخطاب ، واللفظ ، والدخول عليه ، والإنصات إليهما ، والاستماع منهما ، وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

وقد روى عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة بإسناده عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من بلى بالقضاء بين المسلمين فليمدل بينهم في لفظه وإشارته ومقدمه ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر <sup>(١)</sup> » وفي رواية « فليسو بينهم في النظر والمجلس والإشارة » .

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبي « سو بين الناس في مجلسك وعدلك ، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ، ولا يطعم شريف في حيفك » .

وقال سعيد : ثنا هشيم ثنا سيار ثنا الشعبي قال : كان بين عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأبي بن كعب بدار في شيء ، فجعل بينهما زيد بن ثابت ، فأتياه في منزله ، فقال له عمر : أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم <sup>(٢)</sup> ، فوسع له زيد عن صدر فراشه فقال هاهنا يا أمير المؤمنين ، فقال له عمر : جرت في أول القضاء ، ولكن أجلس مع خصمي ، فجلسا بين يديه ، فادعى أبي وأنكر عمر ، فقال زيد لأبي : أعف أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لأسألهما لأحد غيره ، فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض <sup>(٣)</sup> المسلمين عنده سواء .

(١) أخرجه أبو يعلى والدارقطنى والطبرانى في الكبير عن أم سلمة . قال الشوكانى ج ٨ ص ٢٧٥ وفي إسناده عبادة بن كثير وهو ضعيف (ف)

(٢) هذا أصله مثل زعمته العرب على السن البهائم قالوا : إن الأرنب انقطعت ثمرة فاختمها الثعلب وأكلها ، فانطلقا يختصمان إلى الضب ، فقالت الأرنب : يا أبا الحسل . قال : سمياً دعوت . قالت : أتيناك لنختصم إليك ، قال : عادلا حكمتنا . قالت : فاخرج إلينا ، قال : في بيته يؤتى الحكم . قالت : إني وجدت ثمرة ، قال : حلوة فكلها . قالت : فاختمها الثعلب . قال : لنفسه بنى الخير ، قالت : فلطمته ، قال : بمحكك أخذت ، قالت : فلطمنى ، قال : حر انتعمر قالت : فافض بيننا . قال : قد قضت . فذهبت أقواله كلها مثلاً هـ من الوسيط ص ١٧ (ف)

(٣) عرض للمسلمين : عامة المسلمين (ف)

ورواه عمر بن شبة وفيه : فلما أتيا باب زيد خرج فقال السلام عليك يا أمير المؤمنين لو أرسلت إلى لأبيتك ، قال : في بيته يؤتى الحكم ، فلما دخلا عليه قال هاهنا يا أمير المؤمنين ، قال بل أجلس مع خصمي ؛ قاضي أبي وأنكر عمر ، ولم تكن لأبي ينفه ، فقال زيد : أعف أمير المؤمنين من اليمين ، فقال عمر : تالله إن زلت ظالماً ، السلام عليك يا أمير المؤمنين ، هاهنا يا أمير المؤمنين ، أعف أمير المؤمنين<sup>(١)</sup> ، ولم يعف أمير المؤمنين ؟ إن كان لي حق استحقته يميني وإلا تركته ، والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخل وما لأبي فيها حق ، ثم أقسم عمر لا يصيب زيد وجه القضاء حتى يكون عمر وغيره من الناس عنده سواء . فلما خرجا وهب النخل لأبي ، فقيل له يا أمير المؤمنين فهلا كان هذا قبل أن تحلف ؟ قال : خفت أن أترك اليمين فتصير سنة فلا يحلف الناس على حقوقهم .

وقال إبراهيم : جاء رجل إلى شريح وعنده السري بن وقاص ، فقال الرجل لشريح : أعدني على هذا الجالس عندك ، فقال شريح للسري : قم فاجلس مع خصمك ، قال : إني أسمعك من مكاني ، قال : لا ، قم فاجلس مع خصمك ، فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه .

وفي رواية قال : إن مجلسك يريبه ، وإني لا أدع النصره وأنا عليها قادر ، ولما تحاكم على<sup>٢</sup> رضى الله عنه واليهودى إلى شريح قال على<sup>٢</sup> : إن خصمي لو كان مسلماً جلست معه بين يديك . ولأن الحاكم إذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك إلى ظلمه . وإن أذنب أحد الخصمين للحاكم في رفع الظلم الآخر عليه في المجلس جاز ، لأن الحق له ولا ينكسر قلبه إذا كان هو الذي رفعه .

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي ، لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم » رواه أبو داود .

وقال على رضى الله عنه : لو أن خصمي مسلم جلست معه بين يديك .

ولأن ذلك أمكن للحاكم في العدل بينهما ، والإقبال عليهما ، والنظر في خصوصتهما .

وإن كان الخصمان ذميين سوى بينهما أيضاً لاستوائهما في ذنبهما .

وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً جاز رفع المسلم عليه ، لما روى إبراهيم التيمي قال : وجد على<sup>٣</sup> كرم الله وجهه درعه مع يهودى ، فقال درعى سقطت وقت كذا ، فقال اليهودى : درعى وفي يدي بيني وبينك قاضى المسلمين ، فارتفعا إلى شريح ، فلما رآه شريح قام من مجلسه وأجلسه في موضعه وجلس مع اليهودى بين

(١) يردد عمر العبارات التي صدرت من زيد وقد بعد بها عن المساواة بيه وبين خصمه (ف)

بديه ، فقال علي : إن خصمي لو كان مسلماً جلست معه بين يديك ، ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لانسأوهم في المجالس » ذكره أبو نعيم في الحلية .

ولا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه ، إما أن يضيفهما معاً أو يدعمهما .

وقد روى عن علي كرم الله وجهه أنه نزل به رجل فقال له إنك خصم<sup>(١)</sup> ؟ قال : نعم ، قال : تحول معنا فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لانضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه » ولأن ذلك يوم الخصم ميل الحاكم إلى من أضافه .

ولا يلتزم أحدهما حجته ولا مافيه ضرر على خصمه ، مثل أن يربد أحدهما بالإقرار فيلقنه الإنكار ، أو اليمين فيلقنه النكول ، أو النكول فيجبره على اليمين ، أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة أو يكون مقدماً على الشهادة فيوقفه عنها ، أو يقول لأحدهما وحده تكلم ، ونحو هذا مما فيه إضرار بخصمه ، لأن عليه العدل بينهما .

فإن قيل : فقد لقن النبي صلى الله عليه وسلم السارق فقال « ما إخالك سرقت »<sup>(٢)</sup> . وقال عمر لزيد : أرجو أن لا يفضح الله على يدك رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

قلنا : لا يرد هذا الإلزام ها هنا ، فإن هذا في حقوق الله وحدوده ، ولا خصم للمقر ولا للشهود عليه ، فليس في تلقينه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل في أحد الجانبين ، والذي قلنا في المختلفين في حق من حقوق الأدميين .

ولا ينبغي أن يمتد الشاهد ، ولا يداخله في كلامه ، ويعتفه في ألفاظه .

### ( فصل )

٨٢٨٢

وإذا حضر القاضي خصوم كثيرة قدم الأول فالأول . وينبغي أن ييمت من يكتب من جاء الأول فالأول فيقدمه . قال ابن النذر : الأحسن أن يتخذ خيطاً ممدوداً طرفه إلى مجلس الحاكم والطرف الآخر إلى مجلس الخصوم ، فكل من جاء كتب اسمه في رقعة وثقبها وأدخلها في الخيط مما إلى مجلس الخصوم حتى يأتي على آخرهم ، فإذا جلس القاضي مد يده إلى الطرف الذي يليه فأخذ الرقعة التي تليه ثم التي بعدها كذلك حتى

(١) عن الحسن قال : جاء رجل فنزل على فأسأفه ، فقال : إني أريد أن أخاصم ، قال له علي : تحول عن مرلي فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم ، وفي لفظ أن ننزل الخصم إلا ومعه خصمه . أخرجه ابن راهويه وأبو القاسم بن الخراج في أماليه والبيهقي كما في منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٥ (ف)

(٢) روى الدارقطني عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق قد سرق شملة فقال : أصرت ما إخاله سرق ج ٣ ص ١٠٣ (ف)

يأتى على آخرها ، فإن بقي منها شيء و زال الوقت الذى يقضى فيه عرف الطرف الذى يليه حين يجلس فيتناول فى المجلس الثانى الرقاع كفهله بالأمس . والاعتبار بسبق المدعى ، لأن الحق له . ومتى قدم رجلا لسبقه فحكم بينه وبين خصمه فقال لى دعوى أخرى لم يسمع منه ، لأنه قد قدمه بسبقه فى خصومه فلا يقدمه بأخرى ، ويقول له اجلس حتى إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت فى دعوائك الأخرى إن أمكن ، فإذا فرغ الكل فقال الأخير بعد فصل خصومته : لى دعوى أخرى لم يسمع منه حتى يسمع دعوى الأول الثانية ثم يسمع دعواه .

وإن ادعى المدعى عليه على المدعى حكم بينهما ، لأننا إنما نعتبر الأول فالأول فى الدعوى لا فى المدعى عليه . وإذا تقدم الثانى فادعى على المدعى الأول أو المدعى عليه الأول حكم بينهما .

وإن حضر اثنان أو جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة لتساوى حقوقهم . وإن كثر عددهم كتب أسماءهم فى رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة رقعة ، واحدة بعد أخرى ويقدم صاحبها حسب ما يتفق .

### ( فصل )

٨٢٨٣

فإن حضر مسافرون ومقيمون ، فكان المسافرون قليلا بحيث لا يضر تقديمهم على المقيمين قدمهم ، لأنهم على جناح السفر ويشغلون بما يصلح لأرحول ، وقد خفف الله عنهم الصوم وشطر الصلاة تخفيفاً عنهم ، وفى تأخيرهم ضرر بهم ، فإن شاء أفرد لهم يوماً يفرغ من حوائجهم فيه ، وإن شاء قدمهم من غير أفراد يوم لم . فإن كانوا كثيراً بحيث يضر تقديمهم فهم والمقيمون سواء ، لأن تقديمهم مع القلة إنما كان لدفع الضرر المختص بهم ، فإذا آل دفع الضرر عنهم إلى الضرر بغيرهم تساوا . ولا خلاف فى أكثر هذه الآداب ، وأنها ليست شرطاً فى صحة القضاء ، فلو قدم المسبوق أو قدم الحاضرين أو نحوه كان قضاؤه صحيحاً .

### ( فصل )

٨٢٨٤

وإذا تقدم إليه خصمان ، فإن شاء قال : من المدعى منك ؟ لأنهما حضرا لذلك ، وإن شاء سكت ويقول للقائم على رأسه من المدعى منك ؟ إن سكتنا جميعاً ، ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما تسكلم ، لأن فى أفراد ذلك تفضيلاً له وتركاً للإصاف .

قال عمر بن قيس : شهدت شريحاً إذا جلس إليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول : أبكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر يشرب غمره حتى يفرغ المدعى ثم يقول : تسكلم ، فإن بدأ أحدهما فادعى فقال خصمه أنا المدعى لم يلقفت الحاكم إليه ، وقال أجب عن دعواه ثم ادع بعد ما شئت ، فإن ادعيا معاً

فقياس المذهب أن يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعي ، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر وقد تعذر الجمع بينهما فيقرع بينهما ، كالمرأتين إذا زُفَّتَا في ليلة واحدة . واستحسن ابن القنبر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل يرجى أمرهما حتى يتبين للمدعى منهما . وما ذكرناه أولى ، لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في الفضييتين معاً وإرجاء أمرهما لإضرار بهما . وفيما ذكرناه دفع الضرر بحسب الإمكان ، وله نظير في مواضع من الشرع فسكان أولى .

## ( فصل )

٨٢٨٥

ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا في الوصية والإقرار ، لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه ، فإن اعترف به لزمه ، ولا يمكنه أن تلزمه بجهولة ، ويفارق الإقرار ، فإن الحق عليه فلا يسقط بتركه لإثباته ، وإنما صحت الدعوى في الوصية بجهولة لأنها تصح بجهولة ، فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح فلا يمكنه أن يدعيها إلا بجهولة كما ثبت ، وكذلك الإقرار لما صح أن يقر بجهول صح لخصمه أن يدعى عليه أنه أقر له بجهول .

إذا ثبت هذا فإن كان المدعي أثماناً فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء : الجنس ، والنوع ، والقدر ، فيقول عشرة دنانير بصرية ، وإن اختلفت بالصالح والمكسرة قال صحاح أو قال مكسرة ، وإن كانت الدعوى في غير الأثمان وكانت عيناً تنضبط بالصفات كالحبوب والثمار والحيوان احتاج أن يذكر الصفات التي اشترط في السلم ، وإن ذكر القيمة كان آكد ، إلا أن الصفة تغني فيه كما تغني في المقادير .

وإن كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة فلا بد من ذكر قيمتها لأنها لا تنضبط إلا بها ، وإن كان المدعي تالفاً وهو مما له مثل كالسكيل والموزون ادعى مثله وضبطه بصفته .

وإن كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ادعى قيمته لأنها تحجب بتلفه ، وإن كان العائف شيئاً محلي بفضة أو بذهب قومه بنفي جنس حليته ، وإن كان محلي بذهب وفضة قومه بما شاء منهما لأنه موضع حاجة ، وإن كان للمدعي عقاراً فلا بد من بيان موضعه وحدوده فيدعى أن هذه الدار بمحدودها وحقوقها لي وأنها في يده ظلماً وأنا أطلبه بردها علي .

وإن ادعى عليه أن هذه الدار لي وأنه يمنعني منها صحت الدعوى وإن لم يقل إنها في يده ، لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تسكن في يده ، وإن ادعى جراحة لها أرش معلوم كالوضعة من الحر ، جاز أن يدعى الجراحة ولا يذكر أرشها لأنه معلوم ، وإن كانت من عبد أو كانت من حر لا مقدر فيها فلا بد من ذكر أرشها .

وإن ادعى على أبيه ديناً لم تسمع الدعوى حتى يدعى أن أباه مات وترك في يده مالا ، لأن الولد لا يلزمه

قضاء دين والده ما لم يكن كذلك ، وبحسب ما يحتاج أن يذكر تركته أبيه وبحسب ما يذکر قدرها كما يصنع في قدر الدين . هكذا ذكره القاضي . والصحيح أنه يحتاج إلى ذكر ثلاثة أشياء : تحرير دينه ، وموت أبيه ، وأمه وصل إليه من تركته أبيه ما فيه وفاء لدينه . وإن قال ما فيه وفاء لبعض دينه احتاج أن يذكر ذلك القدر ، والقول قول المدعى عليه في نفى تركته الأب مع يمينه ، وإن أنكر موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ، وبكفيه أن يحلف على نفى العلم ، لأنه على نفى فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ، وبكفيه أن يحلف أن ما وصل إليه من تركته أبيه ما فيه وفاء حقه ولا شيء منه ، ولا يلزمه أن يحلف أن أمه لم يخلف شيئاً ، لأنه قد يخلف تركته فلا تصل إليه فلا يلزمه الإبقاء منه ، فإن لم يحسن المدعى تحرير الدعوى فهل للحاكم أن يلقنه تحريرها ؟ محتمل وجهين :

أحدهما : يجوز ، لأنه لا ضرر على صاحبه في ذلك .

والثاني : لا يجوز لأن فيه إغانة أحد الخصمين في حكمته .

(فصل)

٨٢٨٦

إذا حرر المدعى دعواه ، فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب منه المدعى ذلك ، لأن شاهد الحال يدل عليه لأن إحضاره والدعوى<sup>(١)</sup> إنما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد أغنى ذلك عن سؤاله فيقول لخصمه ما تقول فيما يدعيه ؟ فإن أقر لزمه ، وإيسر للحاكم أن يحكم عليه إلا بمسألة المقر له ، لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة ، هكذا ذكر أصحابنا .

ويحتمل أن يجوز له الحكم عليه قبل مسألة المدعى ، لأن الحال تدل على إرادته ذلك فاكفى بها كما اكفى بها في مسألة المدعى عليه الجواب ، ولأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه ، فعلى هذا يجوز له الحكم قبل مسأله .

وعلى القول الأول إن سأله انظم فقال : احكم لي حكم عليه ، والحكم أن يقول قد ألزمتك ذلك ، أو قضيت عليك له ، أو يقول : اخرج له منه ، فتق قال له أحد هذه الثلاثة كان حكماً بالحق ، وإن أنكر فقال لا حق لك قبلي ، فهذا موضع البينة . قال الحاكم ألك بينة ؟ لما روى أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم حضري وكفدي ، فقال الحضري : يا رسول الله إن هذا غلبني على أرضي<sup>(٢)</sup> ، فقال

(١) أي : وتحرير الدعوى (ف)

(٢) انظر مسلم في صحيحه ج ١ ص ١٢٣ عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضري : يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرضي كانت لأبي فقال =



السكندی : هي أرضى وفي بدى وليس له فيها حق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضري : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه « وهو حديث حسن صحيح .

وإن كان المدعى عارفاً بأنه موضع البيعة ، فالحاكم بخير بين أن يقول : ألك بينة ؟ وبين أن يسكت ، فإذا قال له ألك بينة ؟ وذکر أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم أحضرها ، لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى ، وإذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعى ذلك ، لأنه حق له فلا يسأله ولا يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها إن شاء ، ولا يقول لها أشهد لأنه أسر .

وكان شريح يقول للشاهدين : ما أنا دعوتكما ولا أنهاركما أن ترجعا ، وما يقضى على هذا المسلم غيركم ، وإني بكما أفضى اليوم ، وبكما اتقى يوم القيامة .

وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب رد شهادتهما ردها كما روى عن شريح أنه شهد عنده شاهد وعليه قَبْلُا مَحْرُوطُ السَّكِينِ<sup>(١)</sup> ، فقال له شريح أن تحسن أن تَوْضَعُ ؟ قال : نعم ، قال : فأحسر<sup>(٢)</sup> عن ذراعيك<sup>(٣)</sup> ، فذهب بَحْسِرُ<sup>(٤)</sup> عنها فلم يستطع ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك .

وإن أَدْيَا<sup>(٥)</sup> الشهادة على غير وجهها ، مثل أن يقولوا بلفظنا أن عليه ألفاً ، أو سمعنا ذلك ردت شهادتهما .

وشهد رجل عند شريح فقال : أشهد أنه انكأ عليه بمرقه حتى مات ، فقال شريح : أنشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه انكأ عليه بمرقه حتى مات ، قال : أنشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه انكأ عليه بمرقه حتى مات ، قال : قم لا شهادة لك .

وإن كانت شهادة صحيحة ، وعرف الحاكم عدالتهم قال للمشهود عليه قد شهدا عليك ، فإن كان عندك ما يفتح في شهادتهما فبينه عندى ، فإن سأل الإنظار أنظره اليومين والثلاثة ، فإن لم يجرح حكم عليه ، لأن الحق قد وضع على وجه لا إشكال فيه . وإن ارتاب بشهادتهم فرتقبهم فسأل كل واحد عن شهادته ، صفتها ، فيقول : كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تكتب وفي أى مكان شهدت ؟ وفي أى شهر ؟ وأى

== السكندی : هي أرضى في يدى أزرعها ليس له فيها حق ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضري : ألك بينة ؟ قال : لا . قال : فلك يمينه : قال : يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء ، فقال : ليس لك منه إلا ذلك . فانطلق ليحلف ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر : أما لئن حلف على ماله لياكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض . (ف)

(١) محروط السكين : ضيق السكين (ف) (٢) أحسر عن ذراعيك : اكشفهما (ف)

يوم ؟ وهل كنت وحدك أو معك غيرك ؟ فإن اختلفوا سقطت شهادتهم ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم .  
ويقال أول من فعل هذا دانيال ، ويقال فعله سليمان وهو صغير .

وروى عن علي رضي الله عنه أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم ، فأتت زوجته علياً ، فدعا الستة  
فسألهم عنه فأنسكروا ، ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية و وكل به من يحفظه ، ودعا واحداً منهم فسأله  
فأنسكرك ، فقال : الله أكبر ، فظن الباكون أنه قد اعترف ، فدعاهم فاعترفوا ، فقال للأول : قد شهدوا  
عليك وأنا قاتلك ، فاعترف ، فقتلهم .

وإن لم يعرف عدالتهم بحث عنها ، فإن لم تثبت عدالتهم قال للمدعى : زدني شهوداً ، وإن لم تكن  
له بيعة عرفه الحاكم أن لك يمينه وليس للحاكم أن يستحلفه قبل مسألة المدعى ، لأن اليمين حق له فلم يجوز  
استيفائها من غير مطالبة مستحقها كنفس الحق ، فإن استحلفه من غير مسألة أو بادر المنكر خلف لم يعتد  
بيمينه ، لأنه أتى بها في غير وقتها . وإذا سألها المدعى أعادها له ، لأن الأولى لم تكن بيمينه .

وإن أمسك المدعى عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد إحلافه بالدهوى المقدمة جاز ، لأنه لم يسقط حقه  
منها وإنما أخرها .

وإن قال : أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها في هذه الدهوى ، وله أن يستأنف الدعوى ، لأن حقه  
لا يسقط بالإبراء من اليمين . فإن استأنف الدعوى فأنسكرك المدعى عليه فله أن يحلفه ، لأن هذه الدهوى  
غير الدعوى التي أبرأ فيها من اليمين ، فإن حلف سقطت الدهوى ولم يسكن للمدعى أن يحلفه يميناً أخرى ،  
لا في هذا المجلس ولا في غيره .

وإن كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحد جاز وسقطت دعواهم باليمين لأنها حقهم ، ولأنه لما جاز  
ثبوت الحق ببيعة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة .

قال القاضي : ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يميناً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ،  
لأن اليمين حجة في حق الواحد ، فإذا رضى بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة ، والحجة  
الناقصة لا تكمل برضى الخصم ، كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد . وللصحيح الأول ، لأن الحق لهما ،  
فإذا رضيا به جاز ، ولا يلزم من رضاها بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين ، كما أن الحقوق إذا  
قامت بها بيعة واحدة لا يكون لكل حق بعض البيعة . فأما إن حلفه لجميعهم يميناً واحدة بغير رضاهم لم تصح  
بيمينه بلا خلاف فعلمه .

وقد حكى الاصطخري أن اسماعيل بن إسحاق القاضي حلف رجلاً بحق لرجلين يميناً واحدة ، فخطأه  
أهل عصره .

وإن قال المدعى : لى بيعة غائبة، قال له الحاكم لك يمينه فإن شئت فاستعلفه ، وإن شئت أخرته إلى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبة بكفيل ولا ملازمة حتى تحضر البيعة ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك »<sup>(١)</sup> فإن أحلفه ثم حضرت بيئته حكم بها ولم تكن مزيلة للحق ، لأن اليمين إنما يصر إليها عند عدم البيعة ، فإذا وجدت البيعة بطلت اليمين وتبين كذبها . وإن قال لى بيعة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتى لم يملك ذلك . وقال أبو يوسف : يستعلفه وإن نكل قضى عليه ، لأن فى الاستعلاف فائدة وهو أنه ربما نكل ففى عليه فأغنى عن البيعة .

ولنا : قوله عليه السلام « شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وأو للتخيير بين شيئين ، فلا يكون له الجمع بينهما ، ولأنه أمكن فصل الخصومة بالبيعة فلم يشرع غيرها مع إرادة المدعى إقامتها وحضورها ، كما لو لم يطلب يمينه ، ولأن اليمين بدل ، فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع مبدلاتها .

وإن قال المدعى : لأريد إقامتها ، وإنما أريد يمينه اكتفى بها استعلاف لأن البيعة حقها ، فإذا رضى بإسقاطها وترك إقامتها فله ذلك كنفس الحق ، فإن حلف للمدعى عليه ثم أراد للمدعى إقامة بيئته فهسل يملك ذلك ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : له ذلك ، لأن البيعة لا تبطل بالاستعلاف كما لو كانت غائبة .

والثانى : ليس له ذلك ، لأنه قد أسقط حقه من إقامتها . ولأن تجويز إقامتها بفتح باب الحيلة ، لأنه يقول لأريد إقامتها لمعاف خصمه ثم يقيمها . فإن كان له شاهد واحد فى الأموال عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق ، فإن قال : لأحلف أنا وأرضى بيمينه استعلاف له ، فإذا حلف سقط الحق عنه فإن عاد المدعى بمدها فقال : أنا أحلف مع شاهدى لم يستحلف ولم يسمع منه . ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى ، لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البيعة ، وإن عاد قبل أن يحلف المدعى عليه فبذل اليمين فقال القاضى : ليس له ذلك فى هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف المدعى عليه ، فإن الحاكم يقول له إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك ثلاثا ، فإن حلف وإلا حكم عليه بنكوله إذا أسأله المدعى ذلك ، فإن سكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجمله بذلك ناكلا . ذكره القاضى فى الجرد .

(١) عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى برفاخصتنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « شاهدك أو يمينه قللت : إنه إذن يحلف ولا يبالى ، فقال : من حلف على يمين يقطع بها مال اسرىء مسلم هو فيها فاجر لى الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخارى ومسلم (ف)

وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم : إن أجبت وإلا جملتك ناكلاً وحكمت عليك ، ويكرر ذلك عليه فإن أجاب وإلا جملة ناكلاً وحكم عليه ، لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه كالين .

٨٢٨٧

﴿ مسألة ﴾

قال ( وإذا حكم على رجل في عمل غيره فكتب بإفناذ القضاء عليه إلى قاضي ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق ) .

ثم الأصل في كتاب القاضي إلى القاضي والأمير إلى الأمير الكتاب والسنة والإجماع .  
أما الكتاب فقول الله تعالى ( إِنِّي أَنزِلْتُ إِلَيْكَ كِتَابَ كَرِيمٍ \* إِنَّهُ مِن سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ \* أَلَّا تَعْلَمُوا عَلَىِّ وَثَاقُوا فِي مُسْلِمِينَ )<sup>(١)</sup> .

وأما السنة . فإن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى وقيصر والنجاشي وملوك الأطراف ، وكان يكتب إلى ولاته ويكتب لعماله وسماعته ، وكان في كتابه إلى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم ، من محمد رسول الله إلى قيصر عظيم الروم ، أما بعد ، فأسلم تسلم ، واسلم يؤتلك الله أجراً عظيماً ، فإن توليت فإن عليك إثم اليريسيين ، وإياهم الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم »<sup>(٢)</sup> .

وروى الضحاك بن سفيان قال : كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبائي من دية زوجها<sup>(٣)</sup> .

وأجمعت الأمة على كتاب للقاضي إلى القاضي ، ولأن الحاجة إلى قبوله داعية ، فإن من له حق في بلد غير بلده ولا يمكنه إثباته والمطالبة به إلا بكتاب القاضي فوجب قبوله .

(١) سورة النمل الآيات ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١

(٢) نص كتابه إلى قيصر كما في صحيح البخاري عن ابن عباس « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم ، سلام على من اتبع الهدى ، أما بعد إني أدعوك بدعاية الإسلام . أسلم تسلم يؤتلك الله أجراً عظيماً ، فإن توليت فإن عليك إثم اليريسيين و ( يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون ) دعاية الإسلام : مصدر بمعنى اسم الفاعل أى بدعاية الإسلام التي لا يصح بدونها وهى الشهادتان

اليريسيين : يعنى الفلاحين والرااد أهل مملكتهم

كلمة سواء : يستوى فى الدعوة إليها القرآن والإنجيل والتوراة (ف)

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه ، ورواه مالك وزاد من رواية ابن شهاب عن عمر . قال ابن شهاب وكان قتل أشيم خطأ ، موثقاً مالك ج ٢ ص ١٩٠ (ف)

وإذا ثبت هذا فإن كتاب القاضى يقبل فى الأموال وما يقصد به المال ولا يقبل فى الحدود كحق الله تعالى ، وهل يقبل فيما عدا هذا ؟ على وجهين ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال أصحاب الشافعى : يقبل فى كل حق لآدمى من الجراح وغيرها ، وهل يقبل فى الحدود التى لله تعالى ؟ على قولين ، وتام الكلام فى هذا الفصل بذكر فى الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى ، والكتاب على ضربين :

أحدهما : أن يكتب بما حكم به ، وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيغيب قبل إيفائه ، أو بدمى حقاً على غائب ويقيم به بيعة ، ويسأل الحاكم الحاكم عليه فيحكم عليه ، ويسأله أن يكتب له كتاباً يحمله إلى قاضى البلد الذى فيه الغائب ، فيكتب له إليه ، أو تقوم البيعة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه ، فيسأل صاحب الحق الحاكم الحاكم عليه ، وأن يكتب له كتاباً يحكمه . وفى هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم إجابتها إلى الكتابة ، ويلزم المكتوب إليه قبوله ، سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة ، حتى لو كانا فى جانبى بلد أو مجلس لزمه قبوله وإمضاؤه ، سواء كان حكماً على حاضر أو غائب ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم .

الضرب الثانى : أن يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان ، مثل أن تقوم البيعة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به ، فيسأله صاحب الحق أن يكتب له كتاباً بما حصل عنده ، فإنه يكتب له أيضاً . قال القاضى : ويكون فى كتابه : شهد عندى فلان وفلان بكذا وكذا ، ليكون المكتوب إليه هو الذى يقضى به ، ولا يكتب ثبت عندى ، لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما ، فهذا لا يقبله المكتوب إليه إلا فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ، ولا يقبله فيما دونها ، لأنه نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر فى الشهادة على الشهادة ، ونحو هذا قول الشافعى .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يقبله فى بلده وحكى عن أبي حنيفة مثل هذا . وقال بعض المتأخرين من أصحابه : الذى يقتضيه مذهبه أنه لا يجوز ذلك فى الشهادة على الشهادة . واحتج من أجاز به بأنه كتاب الحاكم بما ثبت عنده ، فجاز قبوله مع القرب ككتابته بحكمه .

ولنا : أن ذلك نقل للشهادة إلى المكتوب إليه ، فلم يجوز مع القرب كالشهادة على الشهادة ، ويفارق كتابته بالحكم ، فإن ذلك ليس بنقل وإنما هو خبر ، وكل موضع يلزمه قبول الكتاب فإنه يأخذ الحاكم عليه بالحق الذى حكم عليه به ، فيبحث إليه فيستدعيه ، فإن اعترف بالحق أمره بأدائه وألزمه إياه ، وإن قال : لست المسمى فى هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المدعى بيعة أنه المسمى فى الكتاب . وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته إلا أن الحق ليس هو عليه ، إنما هو على آخر يشاركه فى الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول للمدعى فى نفي ذلك ، لأن الظاهر عدم المشاركة فى هذا كله . فإن أقام ( ١١م - الفتى - ج ١٠ )

المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له في هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ألزمه به وتخلص الأول ، وإن أنكره وقف الحكم وكتب إلى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الإشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما .

وإن ادعى المسمى أنه كان في البلد من يشاركه في الاسم والصفة وقد مات نظرنا ، فإن كان موته قبل وقوع المعاملة التي وقع الحكم بها ، أو كان ممن لم يناصره المحكوم عليه أو المحكوم له لم يقع إشكال وكان وجوده كعدمه ، وإن كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجرى بيده وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الإشكال كما لو كان حياً ، لجواز أن يكون الحق على الذي مات .

### (فصل)

٨٢٨٨

وإذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو إقرار بدين جاز ، وحكم به المكتوب إليه ، وأخذ المحكوم عليه به . وإن كان ذلك عيباً كفقار محدود أو عين مشهودة لا تشبه بغيرها ، كعبد معروف مشهور ، أو دابة كذلك حكم به المكتوب إليه أيضاً وألزم تسليمه إلى المحكوم له به . وإن كان عيباً لا يتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهود أو غيره من الأعيان التي لا تتميز إلا بالوصف ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل كتابه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن الوصف لا يكفي بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتعالية ، كذلك المشهود به .

والثاني : يجوز ، لأنه ثبت في الأدلة بالصدق على هذه الصفة ، فأشبهه الذين ، ويخالف المشهود له فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بهد دواء . ولأن المشهود عايه بثبت بالصفة والتعالية ، فكذلك المشهود به .

فعلى هذا الوجه : ينفذ المدين مضمومة ، وإن كان عبداً أو أمة ختم في عنقه وبعثه إلى القاضي الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه ، فإن شهدا عاياه دفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه ، أو قال المشهود به غير هذا وجب على أخذه رده إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكم المنصوب في ضمانه وضمان نفسه ومنفعته فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه إلى أن يصل إلى صاحبه ، لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

### (فصل)

٨٢٨٩

ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقال للحاكم عليه اكتب لي محضراً بما جرى لثلاثا يلقاني خصمي في موضع آخر فيطالبني به مرة أخرى ، ففيه وجهان :

أحدهما : تلزمه إجابته ليخلص من الحذور الذي يخافه .

والثاني : لا تلزمه لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به ، فأما استئناف ابتداء فيكفيه فيه الإشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق ، لأن الحق ثبت عليه بالشهادة ، والأول أصح ، لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر ، فأشبه ما حكم به ابتداء ، وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق لم يلزمه دفعه إليه ، لأنه ما حكمه فلا يجب عليه دفعه إلى غيره ، وكذلك كل من له كتاب بدّين فاستوفاه ، أو عتار فباعه لا يلزمه دفع الكتاب لأنه ما حكمه ، ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقاً فيعود إلى ماله .

## (فصل)

٨٢٩٠

وبقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر ، وإلى قاضي قرية . ومن قاضي قرية إلى قاضي قرية ، وقاض مصر . ومن القاضى إلى خليفته ، ومن خليفته إليه ، لأنه كتاب من قاض إلى قاض ، فأشبهه ما لو استويا . ويجوز أن يكتب إلى قاض معين ، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله ، وبهذا قال أبو ثور واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يكتب إلى غير معين .

وانا : أنه كتاب حاكم من ولايته وصل إلى حاكم فلزمه قبوله ، كما لو كان الكتاب إليه بعينه .

## (فصل)

٨٢٩١

## وصفة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب هذا الكتاب أطل الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أنه ثبت عندي في مجلس حكى وقضائي الذي أتوا به بمكان كذا ، وإن كان نائباً قال الذي أنوب فيه من القاضى فلان ، بمحضر من خصمين مدع ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البيّنة من أحدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندي ، عرفتهما وقبّلت شهادتهما بما رأيت منه قبولاً معرفة فلان بن فلان الفلاني بعينه واسمه ونسبه . فلان كان في إثبات أمر أسير قال : وإن الفرنج خذلهم الله أمروه بمكان كذا في وقت كذا وأخذوه إلى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطهم أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ليس له شيء من الدنيا ، ولا يقدر على فكك نفسه ولا على شيء منه ، وأنه مستحق للصدقة على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه المتصل أوله بآخر كتابي هذا المؤرخ بكذا .

وإن كان في إثبات دين كتب : وأنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني ، ويرفع في نسبه ويصفه بما يميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحتماً واجباً لازماً ، وأنه يستحق معالته واستيفاء منه .

وإن كان في إثبات عين كتب : وأنه مالاك لما في يدي فلان من الشيء الفلاني ، وبصفه صفة يتميز بها ، مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب الحضرة المتصل بآخر كتابي هذا المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران إنهما بما شهدا به عالمان وله محققان ، وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندي ، فأمضيت ما ثبت عندي من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسألته ، وسألني من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة لإجابته المكتوبة بذلك إلى القضاة والحكام فأجبتهم إلى ماتممه لجوازه له شرعا ، وتقدمت بهذا الكتاب فكتب ، وبإصاق الحضرة المشار إليه فألصق ، فمن وقف عليه منهم وتأمل ما ذكرته وتصفح ما سطرته واعتمد في إنفاذه والعمل بموجبه ما يوجب ما يوجب الشرع المطهر أحرز من الأجر أجره ، وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا في وقت كذا .

ولا يشترط أن يذكر القاضي اسمه في العنوان ولا ذكر اسم المكتوب إليه في باطنه ، وبهذا قال الشافعي .  
وقال أبو حنيفة : إذا لم يذكر اسمه فلا يقبل ، لأن الكتاب ليس إليه ، ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه ، لأن ذلك لم يقع على وجه الخطابية .

ولنا : أن الممول فيه على شهادة الشاهدين على القاضي الكاتب بالحكم ، وذلك لا يقدح فيها ولو ضاع الكتاب أو امتنع سمعت شهادتهما وحكم بها .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٢٩٢

قال ﴿ ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين بقولان : قرأه علينا ، أو قرأه عليه بمحضرتنا ، فقال اشهدا على أنه كتابي إلى فلان ﴾ .

وجملته : أنه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة :

أحدها : أن يشهد به شاهدان عدلان ، ولا يكفي معرفة المكتوب إليه خط الكاتب وختمه ، ولا يجوز له قبوله بذلك في قول أئمة الفتوى . وحكى عن الحسن وسوار والمعبدي أنهم قالوا : إذا كان يعرف خطه وختمه قبله ، وهو قول أبي ثور والاصطخري . ويتخرج لنا مثله بقاء على قوله في الوصية إذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين .

ولنا : أن ما أمكن إثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كإثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ، ويمكن الرجوع إلى الشهادة فلم يعمل على الخط ، كالشاهد لا يعمل في الشهادة على الخط ، وفي هذا انفصال عما ذكره .

إذا ثبت هذا : فإن القاضي إذا كتب الكتاب دعا رجلين يخرجان إلى البلد الذي فيه القاضي المكتوب إليه ، فيقرأ عليهما الكتاب أو يقرؤه غيره عايبهما ، والأحوط أن ينظرا معه فيما يقرؤه ، فإن لم ينظرا جاز لأنه .



لا يستقرأ إلا ثقة ، فإذا قرئ عليهما قال اشهدا على أن هذا كتابي إلى فلان ، وإن قال : اشهدا على بما فيه كان أولى ، وإن اقتصر على قوله : هذا كتابي إلى فلان ، فظاهر كلام الخرق أنه لا يجزىء ، لأنه يحملهما الشهادة فاعبر فيه أن يقول : اشهدا على كالشهادة على الشهادة .

وقال القاضي : يجزىء ، وهو مذهب الشافعي ، ثم إن كان ما في الكتاب قليلا اعتمد على حفظه ، وإن كثر فلم يقدر على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتكون معه يذكر بها ما يشهد به ويقبضان الكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع إليهما غيره ، فإذا وصل الكتاب معهما إليه قرأه الحاكم أو غيره عليهما ، فإذا سمعا قالوا نشهد أن هذا كتاب فلان القاضي إليك أشهدنا على نفسه بما فيه ، لأنه قد يكون كتابه غير الذي أشهدا عليه .

قال أبو الخطاب : ولا يقبل إلا أن يقولوا : نشهد أن هذا كتاب فلان ، لأنها أداء شهادة فلا بد فيها من لفظ الشهادة . ويجب أن يقولوا : من عمله ، لأن الكتاب لا يقبل إلا إذا وصل من مجلس عمله ، وسواء وصل الكتاب مختوماً أو غير مختوم ، مقبولا أو غير مقبول ، لأن الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والغم . فإن امتنع الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لها أن يشهدا بذلك ، وإن لم يحفظا ما فيه لم تمكنهما الشهادة .

وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يقبل الكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضي . ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب<sup>(١)</sup> كتاباً إلى قيصر ولم يختمه ، فقليل له إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم . واقتضاه على الكتاب دون الختم دليل على أن الختم ليس بشرط في القبول ، وإنما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ليقروا كتابه ، ولأنهما شهدا بما في الكتاب وعرفا ما فيه فوجب قبوله كما لو وصل مختوماً وشهدا بالختم .

إذا ثبت هذا : فإنه إنما يعتبر ضبطهما للمعنى الكتاب وما يتعلق به الحكم .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم شهدوا على صحيفة ، وبعضهم ينظر فيها وبعضهم لا ينظر ، قال : إذا حفظ فليشهد ، قيل كيف يحفظ وهو كلام كثير ؟ قال : يحفظ ما كان عليه الكلام والوضع . قلت يحفظ المعنى ؟ قال : نعم ، قيل له : والحدود والتمن وأشباه ذلك ؟ قال : نعم . ولو أدرج الكتاب وختمه وقال : هذا كتابي اشهدا على بما فيه ، أو قد أشهدتكما على نفسي بما فيه لم يصح هذا التحمل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

(١) في صحيح البخاري عن أنس بن مالك قال : « لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الروم قالوا لهم لا يقرءون كتاباً إلا مختوماً فاتخذ النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً من فضة كأنى أنظر إلى ويصه ، ونقشه محمد رسول الله » أنظر البخاري ج ٩ ص ٨٣ ، ٨٤ . الوبيص : البريق . (ف)

وقال أبو يوسف : إذا ختمه بختمه وعنوانه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجاً ، فإذا وصل الكتاب شهداً عنده أنه كتاب فلان ، ويخرج لنا مثل هذا ، لأنهما شهدا بما في الكتاب فجاز وإن لم يعلما تفصيله ، كما لو شهد الرجل بما في هذا الكيس من الدراهم جازت الشهادة وإن لم يعرفا قدرها .

ولنا : أنهما شهدا بمجمول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما ، كما لو شهدا أن فلان على فلان مالاً . وفارق ما ذكره ، فإن تعيينه الدراهم التي في الكيس أغنى عن معرفة قدرها ، وهاتفا الشهادة على ما في الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه .

الشرط الثاني : أن يكتبه القاضي من موضع ولايته وحكمه ، فإن كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله ، لأنه لا يسوغ له في غير ولايته حكم ، فهو فيه كالعالمى .

الشرط الثالث : أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترفع إليه خصمان في غير موضع ولايته لم يكن له للحكم بينهما بحكم ولايته إلا أن يتراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضي إذا تراضيا به . وسواء كان الخصمان من أهل ملة أو لم يكونا ، ولو ترفع إليه خصمان وهو في موضع ولايته من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما ، لأن الاعتبار بموضعهما ، إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ، ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ، لأن الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفقها .

### ( فصل )

٨٢٩٣

#### في تغيير حال القاضي

ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه أو حالهما معاً ، فإن تغيرت حال الكاتب بموت أو عزل بعد أن كتب الكتاب وأشهد على نفسه لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به في الحالين .

وقال أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده عمل به ، لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة ، لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما .

ولنا : أن المولى في الكتاب على الشاهدين الذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يموت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت

عنده بشهادة فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل ، وما ذكره حجة عليهم ، لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعاً من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها كوت شاهدي الأصل .

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته لم يجز الحكم به ، لأن حكمه بعد فسقه لا يصح ، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابته ، ولأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم ، لأنه بمنزلة شاهدي الأصل . فإن فسق بعد الحكم بكتابته لم يتغير كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه ، كذا هاهنا .

وأما إن تغيرت حال المكتوب إليه بأي حال كان من موت أو عزل أو فسق ، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ، وبه قال الحسن ، حكى عنه أن قاضي الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضي البصرة كتاباً فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به .

وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يعمل به ، لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه ، وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

ولنا : أن العول على شهادة الشاهدين بحكم الأول أو ثبوت الشهادة عنده ، وقد شهدا عند الثاني فوجب أن يقبل كالأول .

وقولهم : إنه شهادة عند الذي مات ليس بصحيح ، فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ، ولو كان فرعاً لم يقبل وحده ، وإنما الفرع للشاهدان اللذان شهدا عليه وقد أدبا الشهادة عند التجدد ، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه قبل ، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب . وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه في حال حياته ، وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب ، فمات الكاتب أو عزل انعزل المكتوب إليه ، لأنه نائب عنه فيمنعزل بعزله وموته ، كوكلائه . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا ينعزل خليفته ، كما لا ينعزل القاضي الأصلي بموت الإمام ولا عزله .

ولنا ما ذكرناه ، وبفارق الإمام ، لأن الإمام يمتد القضاء والإمارة للمسلمين ، فلم يبطل ما عقده لغيره ، كما لو مات الولي في النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للإمام أن يعزل القاضي من غير تغير حاله ، ولا ينعزل إذا عزله بخلاف نائب الحاكم فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائباً عنه فملك عزله ، ولأن القاضي لو انعزل بموت الإمام لدخل الضرر على المسلمين ، لأنه يفضى إلى عزل القضاة في جميع بلاد المسلمين وتتعطل الأحكام ، وإذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لأنه حينئذ ليس بقاض .

٨٢٩٤

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا تقبل الترجمة عن أعجمي تحاكم إليه إذا لم يعرف لسانه إلا من عدلين يعرفان لسانه ﴾ .  
وجملته : أنه إذا تحاكم إلى القاضي العربي أعجميان لا يعرف لسانهما ، أو أعجمي وعربي ، فلا بد من مترجم منهما . ولا تقبل الترجمة إلا من اثنين عدلين .

وبهذا قال الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد ، وهو اختيار أبي بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبي حنيفة . وقال ابن المنذر في حديث زيد بن ثابت <sup>(١)</sup> أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب يهود ، قال : فكنت أكتب له إذا كتب إليهم ، وأقرأ له إذا كتبوا ، ولأنه مما لا يفترق إلى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كأخبار الديانات .

ولنا : أنه نقل ما خفي على الحاكم إليه فيما يتعلق بالمتخصصين فوجب فيه العدد كالشهادة ، ويفارق أخبار الديانات فإنها لا تتعلق بالمتخصصين . ولا نسلم أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه ، فإذا ترجم له كان كقول الإقرار إليه من غير مجامع ، ولا يقبل ذلك إلا من شاهدين : كذا هاهنا ، فعلى هذه الرواية : تكون الترجمة شهادة تفترق إلى العدد والعدالة ، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مما لا يتعلق بها كفي فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تعتبر الحرية فيه ، وإن كان في حد زنا خرج في الترجمة فيه وجهان :

أحدهما : لا يكفي فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول .

والثاني : يكفي فيه اثنان ، بناء على الروايتين في الشهادة على الإقرار به ، ويعتبر فيه لفظ الشهادة ، لأنه شهادة ، وإن قلنا : يكفي فيه واحد فلا بد من عدالته ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق ، وتقبل من العبد لأنه من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تقبل من العبد لأنه ليس من أهل الشهادة .

ولنا : أنه خبر يكفي فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ، ولا نسلم أن هذا شهادة ، ولا أن العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية ، وعلى هذا الأصل ينبغي أن تقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة .

(١) في البخاري ج ٩ ص ٩٤ « عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب اليهود حتى كتبت النبي صلى الله عليه وسلم كتبه وأقرأته كتبهم إذا كتبوا إليه » ، وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذي . (ف)

## (فصل)

٨٢٩٥

والحكم في التعريف والرسالة والجرح والتعديل كالحكم في الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها .  
ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ، وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى .

## ﴿مسألة﴾

٨٢٩٦

قال ﴿ وإذا عزل فقال : كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق قبل قوله وأمضى ذلك الحق ﴾ .  
وبهذا قال إسحاق : قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يقبل قوله ، وقول القاضي في فروع هذه المسألة  
يقضى أن لا يقبل قوله هاهنا . وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن من لا يملك للحكم لا يملك الإفراج به ، كن  
أقر بعتق عبد بعد بيعه ، ثم اختلفوا ، فقال الأوزاعي وابن أبي ليلى : هو بمنزلة للشاهد إذا كان معه شاهد  
آخر قبل . وقال أصحاب الرأي : لا يقبل إلا شاهدان سواء يشهدان بذلك . وهو ظاهر مذهب الشافعي ،  
لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل .

ولذا : أنه لو كذب إلى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب إليه قبول كتابه  
بعد عزل كاتبه ، فكذلك هاهنا ، ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم ، فيجب قبوله كحال ولايته .

## (فصل)

٨٢٩٧

فأما إن قال في ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا ، قبل قوله سواء قال : قضيت عليه بشاهدين  
عدلين ، أو قال سمعت يمينته وعرفت عدالتهم ، أو قال : قضيت عليه بنكوله ، أو قال : أقر عندى فلان لفلان  
بحق فحكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف . وحكى عن محمد بن الحسن : أنه لا يقبل  
حتى يشهد معه رجل عدل ، ولأنه فيه إخباراً بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة .

ولذا : أنه يملك الحكم فملك الإفراج به ، كالزوج إذا أخبر بالطلاق ، والسيد إذا أخبر بالعتق ، ولأنه  
لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحكم به قبل ، كذا هاهنا ، وفارق الشهادة ، فإن الشاهد لا يملك إثبات  
ما أخبر به . فأما إن قال : حكمت بملئى أو بالنكول ، أو بشاهد يمين في الأموال فإنه يقبل أيضاً . وقال  
الشافعي : لا يقبل قوله في القضاء بالنكول ، وينهى قوله : حكمت عليه بملئى على القولين في جواز  
القضاء بملئه ، لأنه لا يملك الحكم بذلك ، فلا يملك الإفراج به .

ولذا : أنه أخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التي تقدمت ، ولأنه  
حكم أخير بحكمه في ولايته فوجب قبوله كالذى سلمه ، ولأن الحاكم إذا حكم في مسألة يسوغ فيها  
الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره إمضاؤه والعمل به ، فصار بمنزلة الحكم بالبيعة العادلة ، ولا نسلم  
ما ذكره . وإن قال : حكمت لفلان على فلان بكذا ، ولم يصف حكمه إلى بيعة ولا غيرها ، وجب قبوله ،

وهو ظاهر مسألة الخرق ، فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

## (فصل)

٨٢٩٨

وإذا أخبر القاضى بحكمه فى غير موضع ولايته ، فظاهر كلام الخرق أن قواه مقبول وخبره نافذ ، لأنه إذا قبل قواه بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها فى غير موضع ولايته أولى . وقال القاضى : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع قاضيان فى غير ولايتهما كقاضى دمشق وقاضى مصر اجتمعا فى بيت للقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله لأنه خبر من ليس بقاض فى موضعه . وإن كانا جميعاً فى محل أحدهما كأنهما اجتمعا جميعاً فى دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضى مصر ، لأنه يخبره به فى غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر بما أخبره به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان : بناء على للقاضى : هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ، لأن قاضى دمشق أخبره به فى عمله . ومذهب الشافعى فى هذا كقول القاضى هاهنا .

## (فصل)

٨٢٩٩

إذا ولى الإمام قاضياً ثم مات لم ينزل ، لأن الخلفاء رضى الله عنهم وولوا حكماً فى زمنهم فلم ينزلوا بموتهم ، ولأن فى عزله بموت الإمام ضرراً على المسلمين ، فإن البلدان تتمطل من الأحكام وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكماً ، وفيه ضرر عظيم ، وكذلك لا ينزل القاضى إذا عزل الإمام لما ذكرنا . فأما إن عزله الإمام الذى ولاه أو غيره ففيه وجهان : أحدهما : لا ينزل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه عقده لمصلحة المسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله ، كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه .

والثانى : له عزله ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلاً إذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة ، وولى كعب بن سوار مكانه ، وولى على رضى الله عنه أبا الأسود ثم عزله ، فقال : لم عزلتنى وما خنت ولا جنبت ؟ فقال : إني رأيتك بملوك كلامك على الخصمين ، ولأنه يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان ، فكذلك قضائه .

وقد كان عمر رضى الله عنه يولى ويعزل ، فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته فى الشام ، وولى

معاوية ، فقال له شرحبيل : أمن جبن عزلتني أو خيانه ؟ قال : من كل لا ، ولكن أردت رجلا أقوى من رجل . وعزل خالد بن الوليد وولي أبا عبيدة . وقد كان يولي بعض الولاة الحسك مع الإمارة ، فولي أبا موسى البصرة قضاءها وإمرتها ، ثم كان يعزلهم هو ، ومن لم يعزله عزله عثمان بعده إلا القليل منهم ، فعزل القاضي أولى ، ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله ، لأن فيه ضرراً وهاهنا لا ضرر فيه ، لأنه لا يعزل قاضياً حتى يولي آخر مكانه ، ولهذا لا يعزل الوالي بموت الإمام ويعزل بعزله ، وقد ذكر أبو الخطاب في عزله بالموت أيضاً وجهين ، والأولى إن شاء الله تعالى ما ذكرناه .

فأما إن تغيرت حال القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يذمه من القضاء ، أو اختل فيه بعض شروطه فإنه يعزل بذلك ويضمن على الإمام عزله وجهاً واحداً .

### ﴿فصل﴾

٨٣٠٠

وللإمام تولية القضاء في بلده وغيره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ولي عمر بن الخطاب القضاء ، وولي علياً ومعاذاً . وقال عثمان بن عفان لابن عمر : إن أباك قد كان يقضى وهو خير منك ، قال : إن أبي قد كان يقضى وإن أشكل عليه شيء سأل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث<sup>(١)</sup> . رواه عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة .

وروى سميد<sup>(٢)</sup> في سننه عن عمرو بن العاص قال « جاء خصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي : يا عمرو اقض بينهما ، قلت : أنت أولى بذلك مني يا رسول الله ، قال : إن أصبت القضاء بينهما فلك

(١) روى نافع عن ابن عمر قال لعثمان : لا اقض بين رجلين ، قال : فإن أباك كان يقضى ، فقال : إن أبي لو أشكل عليه شيء سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو أشكل على رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل جبريل عليه السلام وإنى لأجد من أماله ، وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من عاذ بالله فقد عاذ بعظيم ، وسمته يقول : من عاذ بالله فاعيدوه ، وإنى أعود بالله أن تجعلني قاضياً فأعفاه وقال : لا تجبر أحداً — ذكره رزين — وهو في جامع الأصول . وفي الترمذى ج ١ ص ٢٤٨ « عن عبيد الله بن موهب أن عثمان قال لابن عمر : اذهب فاقض بين الناس قال : أو تعافيني يا أمير المؤمنين ، قال : وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضى ؟ قال : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان قاضياً ففضى بالعدل فبالحرى أن يتقلب منه كفافاً فما أرجو بعد ذلك » الحري أن يتقلب منه : أهل لذلك وحقيق به . (ف)

(٢) وأخرجه أيضاً أحمد والطبراني عن عمرو (ف) .

عشر حسنات ، وإن أخطأت فلك حسنة» وعن عقبة بن عامر مثله<sup>(١)</sup> ، ولأن الإمام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم ، فإذا ولى قاضياً استحب أن يجعل له أن يستخلف لأنه قد يحتاج إلى ذلك ، فإذا أذن له في الاستخلاف جاز له بلا خلاف فعله ، وإن نهاه عنه لم يكن له أن يستخلف ، لأن ولايته بإذنه فلم يكن له ما نهاه عنه كالوكيل ، وإن أطلق فله الاستخلاف ، ويحتمل أن لا يكون له ذلك ، لأنه يقتصر بالإذن ، فلم يكن له ما لم يأذن فيه كالوكيل . ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان .

ووجه الأول: أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين ، فإذا فعله بنفسه أو بغيره جاز ، كما لو أذن له ، ويفارق التوكيل ، لأن الإمام يولى القضاء للمسلمين لا لنفسه بخلاف التوكيل ، فإن استخلف في موضع ليس له الاستخلاف لحكمه حكم من لم يول .

### (فصل)

٨٣٠١

ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر في خصوص العمل ، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه ، فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه . ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول : جعلت إليك الحكم في الداينات خاصة في جميع ولايتي ، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من اللال نحو أن يقول : احكم في المائة فما دونها ، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها . ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل ، وخصوص النظر في خصوص العمل .

ويجوز أن يولى قاضيين وثلاثة في بلد واحد ، يجعل لكل واحد عملاً ، فيولى أحدهم عقود الأنكحة ، والآخر الحكم في الداينات ، وآخر النظر في القمار ، ويجوز أن يولى كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد ، فإن قلده قاضيين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز . اختاره أبو الخطاب ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات ، لأنهما يختلفان في الاجتهاد ويرى أحدهما مالا يرى الآخر .

والآخر : يجوز ذلك ، وهو قول أصحاب أبي حنيفة . وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها ، فيكون فيها قاضيان ، فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان ، ولأن الغرض فصل

(١) عن عقبة بن عامر قال : « كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم يوماً فجاءه خصمان فقال لي : اقض بينهما فقلت : بأبي أنت وأمي يا رسول الله أنت أولى ، قال : اقض بينهما . قلت : على ماذا يا رسول الله ؟ قال : اجتهد فإن أصبت فلك عشر حسنات ، وإن أخطأت فلك حسنة » أخرجه ابن عدي وابن عساكر كما في منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٤ (ف)



الخصومات وإيصال الحق إلى مستحقه ، وهذا يحصل ، فأشبهه القاضى ، ولأنه يجوز للقاضى أن يستغنى -ليفيتين في موضع واحد ، فالإمام أولى ، لأن توليته أقوى .

وقولهم : يفضى إلى إيقاف الحكومات غير صحيح ، فإن كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين إليه ، وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده .

### ٨٣٠٢ ( فصل )

وإذا قال الإمام : من نظر في الحكم من فلان وفلان فقد وليته ، لم تنعقد الولاية لمن نظر ، ، لأنه علقها على شرط ولم يمين بالولاية أحداً منهم ، ويحتمل أن تنعقد الولاية لمن نظر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد ، فإن قُتل فأمركم جعفر ، فإن قُتل فأمركم عبد الله بن رواحة <sup>(١)</sup> » فعلق ولاية الإمارة على شرط فكذاك ولاية الحكم ، وإن قال : وليت فلاناً وفلاناً فأيهما نظر فهو خليفتي ، انعقدت الولاية لمن نظر منهم : لأنه عقد الولاية لهما جميعاً .

### ٨٣٠٣ ( فصل )

ولا يجوز أن يقد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال ( فَأَحْكُمُ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ <sup>(٢)</sup> ) والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر له الحق في غير ذلك للمذهب . فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

### ٨٣٠٤ ( فصل )

وإن فوض الإمام إلى إنسان تولية القضاء جاز ، لأنه يجوز أن يقول ذلك ، فجاز له التوكيل فيه ، فالبيع ، وإن فوض إليه اختيار قاض جاز ، ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده ، كما لو وكله في الصدقة بمال لم يجز له أخذه ولا دفعة إلى هذين ، ويحتمل أنه يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية ، لأنهما يدخلان في عموم من أذن له في الاختيار منه مع أهليتهما فأشبهها الأجانب .

### ٨٣٠٥ ( فصل )

وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن مرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه أو بعض رعيته ، فإن عمر حاكم أبيّاً إلى زيد ، وحاكم رجل عراقياً إلى شريح ، وحاكم على اليهودى إلى شريح ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير بن مطعم .

(١) أخرجه البخارى عن ابن عمر . (ف) (٢) مودة من آية ٢٦ .

فإن عرضت حكومة لوالديه أو ولده أو من لا تقبل شهادته له ففيه وجهان :  
أحدهما : لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ،  
لأنه لا تقبل شهادته له ، فلم ينفذ حكمه له كنفسه .  
والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر ، وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور ، لأنه حكم لغيره  
أشبه الأجنبي .

وعلى القول الأول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الإمام أو حاكم آخر أو بعض خلفائه ، فإن  
كانت الخصومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجوز له الحكم بينهم على أحد الوجهين ، لأنه لا تقبل  
شهادته لأحدهما على الآخر ، فلم يجوز الحكم بينهم كما لو كان خصمه أجنبياً .  
وفي الآخر : يجوز ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنهما سواء عنده ، فارتفعت تهمة الميل  
فأشبه الأجنبيين .

## ( فصل )

٨٣٠٦

وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكاهما بينهما ورضياه ، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما ، جاز ذلك  
ونفذ حكمه عليهما ، وبهذا قال أبو حنيفة . والشافعي قولان : أحدهما : لا يلزمهما حكمه إلا بتراضيهما ، لأن  
حكمه إنما يلزم بالرضا به ، ولا يكون الرضا إلا بعد المعرفة بحكمه .

ولنا : ما روى أبو شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « إن الله هو الحكم ، فلم تكفى  
أبا الحكم ؟ » قال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني لحكمات بينهم ورضي دليّ الفريقان . قال :  
ما أحسن هذا ، فن أكبر ولدك ؟ قال : شريح . قال : فأنت أبو شريح « أخرجه النسائي .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون <sup>(١)</sup> »  
ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأبيّاً تحاكما إلى زيد ، وحاكم عمر أعرابياً إلى  
شريح قبل أن يوليه ، وتحاكم هيمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ، ولم يكونوا قضاة .

فإن قيل : فعمرو وعثمان كانا إمامين ، فإذا ردا الحكم إلى رجل صار قاضياً .

قلنا : لم ينقل عنهما إلا الرضا بتحكيمه خاصة ، وبهذا لا يصير قاضياً ، وما ذكروه يبطل بما إذا رضى

(١) قال الحافظ في التلخيص الجيد ج ٤ ص ١٨٥ « حديث : من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل فعليه  
لعنة الله . ابن الجوزي في التحقيق . قال : ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جرّاد فذكره  
وتعقبه صاحب التقييع فقال : هي نسخة باطلة كما صرح هو به في اللوضعات وبالغ في الخطأ على الخطيب لاحتجاجه  
بحديث منها قاضي من كتاب التحقيق » . ٥١ (ف)

بتصرف وكيله فإنه يلزمه قبل المعرفة به . إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية ، وبهذا قول الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا حاكم نقضه إذا خالف رأيه ، لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه .

ولنا : أن هذا حكم صحيح لازم فلم يجوز فسخه ، لخصمته رأيه كحكم من له ولاية ، وما ذكره غير صحيح ، فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفاً ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه ، وإن لم يخالف رأيه ، ولا نسلم الوقوف في العقود .

إذا ثبت هذا فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن حكمه قبل شروعه في الحكم ، لأنه لا يثبت إلا برضاه ، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف ، وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان : أحدهما : له ذلك ، لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع .

والثاني : ليس له ذلك ، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل المقصود به .

### ( فصل )

٨٣٠٧

قال القاضي : وينفذ حكم من حكمناه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : الفكاك ، واللعان ، والفذف ، والخصاص ، لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه . وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها . ولأصحاب الشافعي وجهان كمذين . وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه ، لأنه حاكم نافذ الأحكام ، فلزم قبول كتابه كحكم الإمام .

### ( مسألة )

٨٣٠٨

قال : ﴿ ويحكم على الغائب إذا صح الحق عليه ﴾ .

وجملته : أن من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر ، وطالب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه ، فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشرائط ، وبهذا قال شبرمة ومالك والأوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر ، فكان شريح لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد : مثله . وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه .

وروى ذلك عن القاسم والشعبي إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه . واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا تقاضى إليك رجلان

فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فإنك تدري بما تقضى «<sup>(١)</sup>» ، قال الترمذى : هذا [حديث] «<sup>(٢)</sup>» حسن صحيح . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجوز كما لو كان الآخر في البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدر فيها فلم يجوز الحكم عليه .

ولنا : أن هنداً قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى ؟ قال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه . فقضى لها ولم يكن حاضراً ، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة ، فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً ، وقد وافقنا أبو حنيفة في سماع البينة ، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى إذا كان حاضراً يقدم عليه إذا كان غائباً كسماع البينة .

وأما حديثهم فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجوز الحكم قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضوره والغائب بخلافه ، وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : إذا جاءت امرأة فادّعت أن لها زوجاً غائباً وله مال فى يد رجل وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة . ولو ادعى رجل على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بينة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة . ولو مات المدعى عليه فعرض بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بينة بذلك حكم له بما ادعاه .

إذ ثبت هذا، فإنه إن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره. فإن خرج الشهود لم يحكم عليه، وإن استنظر الحاكم أجله ثلاثاً، فإن جرحهم وإلا حكم عليه ، وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة برىء ، وإلا حلف المدعى وحكم له . وإن قدم بعد الحكم فخرج الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم ، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقاً لم يبطل الحكم ولم يقبل الحاكم ، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدر فيه . وإن طلب التأجيل أجل ثلاثاً ، فإن جرحهم وإلا نفذ الحكم . وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر ونفذ الحكم .

### ( فصل )

٨٣٠٩

لا يقضى على الغائب إلا فى حقوق الأدميين ، فأما فى الحدود التى لله تعالى فلا يقضى بها عليه ، لأن مبنائها على المساهلة والإسقاط . فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع .

### ( فصل )

٨٣٩٠

وإذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف كالصبي والمجنون لم يستعاف المدعى مع بينته فى أشهر

( ١ ) لفظ الترمذى ج ١ ص ٢٤٩ . ويشرح ابن العربى ج ٦ ص ٧٣ « فسوف تدري كيف تقضى » ( ف ) .

( ٢ ) لفظ الترمذى هذا « حديث حسن » وليس فيه « صحيح » كما فى المتن . راجع الصنعة التى ذكرناها منه ( ف )

الروایتین ، لقول النبی صلی اللہ علیہ وسلم « البینة علی المدعی واليمين علی المدعى علیه <sup>(١)</sup> » ، ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر .

والرواية الثانية : يستحلف معها ، وهو قول الشافعي ، لأنه يجوز أن يكون استوفى ما قامت به البينة ، أو ملكه العين التي قامت بها البينة . ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجب اليمين ، فإذا تعذر ذلك منه - لغيته أو عدم تكليفه يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ، ولأن الحاكم مأمور بالاحتياط في حق العبي والجنون والغائب ، لأن كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه ، وهذا من الاحتياط .

## (فصل)

٨٣١١

ظاهر كلام الخرقى : أنه إذا قضى على الغائب بعين سلمت إلى المدعى ، وإن قضى عليه بدين ووجد له مال أو في منه ، فإنه قال في رواية حرب في رجل أقام بينة أن له سهماً من ضيمة في أيدي قوم فتواروا عنه : يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع إلى هذا حقه ، لأنه يثبت حقه بالبينة فيسلم إليه كما لو كان خصمه حاضراً . ويحتمل أن لا يدفع إليه شيء حتى يقيم كفيلاً أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يأخذ المدعى ما حكم له به ثم يأتي خصمه فيبطل حجته ، أو يقيم بينة بالقضاء والإبراء ، أو يملك العين التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأول . فإنه قال في رجل عنده دابة مسروقة فقال : هي عندي وديمة إذا أقيمت البينة أنها له تدفع إلى الذي أقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت .

## (فصل)

٨٣١٢

فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب الشافعي في وجه لهم : إنه يقضى عليه في غيبته ، لأنه غائب أشبه الغائب عن البلد .

وافس : أنه أمكن سؤاله فلم يميز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم ، ويفارق الغائب البعيد ، فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام أحمد : جواز القضاء عليه لما

(١) أخرجه الترمذي عن ابن عمرو ج ١ ص ٢٥١ قال الترمذي : هذا حديث في إسناده مقال . ومحمد بن عبيد الله العرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره . ( ف )

ذكرنا عنه في رواية حرب . وروى عنه أبو طالب في رجل وجد غلامه عند رجل فأقام البيعة أنه غلامه فقال الذى عنده الغلام : أودعنى هذا رجل ، فقال أحد : أهل المدينة يقضون على الغائب يقولون إنه لهذا الذى أقام البيعة ، وهو مذهب حسن ، وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الإعذار ، وهو إذا ادعى على رجل ألقا وأقام البيعة فاختنى المدعى عليه يرسل إلى بابه فينادى الرسول ثلاثاً ، فإن جاء وإلا قد أعذروا إليه ، فهذا يقوى قول أهل المدينة ، وهو معنى حسن .

وقد ذكر الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب أنه يقضى على الغائب الممتنع ، وهو قول الشافعى ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله ، فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد ، بل هذا أولى ، لأن البعيد معذور وهذا لا عذر له . وقد ذكرنا فيما تقدم شيئاً من هذا .

## كتاب القسمة

الأصل في القسمة قول الله تعالى : ( وَتَبَيَّنْهُمْ أَنْ الْإِنَّمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ )<sup>(١)</sup> وقوله تعالى : ( وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ )<sup>(٢)</sup> الآية . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »<sup>(٣)</sup> وقسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهماً ، وكان يقسم الغنائم .

وأجمعت الأمة على جواز القسمة ، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إثارة ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي .

## مسألة

٨٣١٣

قال : وإذا أتاها شريكان في ربع أو نحوه فسألاه أن يقسم بينهما قسمه وأثبت في القضية بذلك أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بيعة شهدت لها بملكهما .

إذا ثبت هذا فإن الشريكين في أي شيء كان ربعاً أو غيره ، والربع هو المقار من الدور ونحوها ، إذا طلبا من الحاكم أن يقسم بينهما أجاها إلىه ، وإن لم يثبت عنه ملكهما ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ، لأن الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطاً للميت ، وأما ماعدا المقار بقسمه ، وإن كان ميراثاً لأنه يبور ويملك وقسمته تحفظه ، وكذا المقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي أنه لا يقسم عقاراً كان أو غيره ما لم يثبت ملكهما ، لأن قسمه بقولهم لورفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله<sup>(٤)</sup> أن يجعله حكماً لهم ولعله يكون لغيرهم .

ولنا : أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم واتها به واستنجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا ثبت في القضية أني قسمته بينهم بإقرارهم لاعن بيعة شهدت لهم بملكهم وكل ذي حجة على حجة . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ، لأن الظاهر ما حكم ولاحق الميت فيه إلا أن يظهر عليه دين وما ظهر والأصل عدمه . ولهذا اكتفينا به في غير العقار وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

(١) سورة القمر آية ٢٨ (٢) سورة النساء آية ٨ (٣) أخرجه البخاري عن جابر (ف)

(٤) في المتن ( يستسهله ) وفي التمرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٩ (سهل) ولعل الأنسب (يسهل له) (ف)

٨٣١٤

(فصل)

وتجوز قسمة السكيات والموزونات من الطمومات وغيرها ، لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها يدل على جواز قسمة ما لا يختلف بطريق التنبيه . وسواء في ذلك الحبوب والثمار والنورة والأشنان والحديد والرصاص ونحوها من الجمادات ، والمصير والغل والبن والعسل والسمن والهدس والزيت والرب ونحوها من المائعات ، وسواء قلنا إن القسمة بيع أو إفراز حق ، لأن بيعه جائز وإفرازه جائز ، فإن كان فيها أنواع كخطة وشمير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته أجبر الممتنع ، وإن طلب قسمة أعياناً بالقيمة لم يجبر الممتنع ، لأن هذا بيع نوع بنوع آخر فليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك ، فإن تراضيا عليه جاز . وكان بيعاً يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه وسائر شروط البيع .

٨٣١٥

(فصل)

فإن كان بينهما ثياب ، أو حيوان ، أو أواني ، أو خشب ، أو عمد ، أو أحجار ، فاتفقا على قسمتها جاز . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم الفنائم يوم بدر ، ويوم حنين ، ويوم خيبر ، وهي تشتمل على أجناس من المال . وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو على قسمتها أعياناً بالقيمة ، وإن طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته وطلب الآخر قسمته أعياناً بالقيمة ، قدم قول من طلب قسمة كل نوع على حدته إذا أمكن . وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا يمكن قسمته إلا بأخذ عوض عنه من غير جنسه أو قطع ثوب في قطعه نقص أو كسر إناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع ، وإن أمكن قسمة كل نوع على حدته من غير ضرر ولا رد عوض ، فقال القاضي : يجبر الممتنع . وهو ظاهر مذهب الشافعي وهو قول أبي الخطاب لا أعرف في هذا عن إمامنا رواية ، ويعمل أن لا يجبر الممتنع . وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعي . لأن هذا إنما يقسم أعياناً بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه ، كما لا يجبر على قسمة الدور بأن يأخذ هذا داراً وهذا داراً وكالفة بين المختلفين .

ووجه الأول : أن الجنس الواحد كالدار الواحدة ، وليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة . فإن أرض القرية تختلف ، سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة ، وأراض متنوعة ، والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة ، ثم هذا الاختلاف لم يمنع الإيجاب على القسمة كذلك الجنس الواحد . وفارق الدور ، فإنه أمكن قسمة كل دار على حدتها ، وما هنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو إناء على حدته . وإن كانت الثياب أنواعاً كالحرير والظن والكتان ، فهي كالأجناس ، وكذلك سائر الأموال والحيوان كغيره من الأموال ، ويقسم النوع الواحد منه ، وبه قال الشافعي



وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق قسمة إيجاب لأنه تختلف منافعه ويقصد منه للعقل والدين والافتنة ، وذلك لا يقع فيه التعديل .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد<sup>(١)</sup> الذين أعتقهم الأنصارى في مرضه ثلاثة أجزاء ، ولأنه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان ، وما ذكره غير صحيح ، لأن القيمة تجمع ذلك وتمده كسائر الأشياء المختلفة .

### ( فصل )

٨٣١٦

والقسمة إفراد حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعاً ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : هى بيع ، وحكى عن أبى عبد الله بن بطة ، لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة البيع .

ولنا : أنها لا تنفقر إلى لفظ التملك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإيجاب ، وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً كسائر العقود .

وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن بيعاً جازت قسمة الثمار خرصاً ، والسكيل وزناً ، والموزون كميلاً ، والنفق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع ، ولا يحنث إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان المقار أو نصفه وفقاً جازت القسمة .

وإن قلنا : هى بيع : انعكست هذه الأحكام . هذا إذا خلت من الرد ، فإن كان فيها رد عوض فهى بيع ، لأن صاحب الرد يبذل المال عوضاً عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع ، فإن فعلاً ذلك فى وقف لم يجوز ، لأن بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وفقاً وبعضه طلقاً والرد من صاحب الطلق لم يجوز ، لأنه يشتري بعض الوقف . فإن كان من أهل الوقف جاز ، لأنهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

### ( فصل )

٨٣١٧

وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وبهذا قال الأصطخري . وقال أبو حنيفة : تقبل وإن كان بأجرة ، لأنه لا يلحقه تهمة فقبل قوله كالرضمة . وقال الشافعى : لا تقبل ، لأنه شهد على فعل نفسه الذى يوجب تعديله فلم تقبل كشهادة القاضى المعزول على حكمه .

(١) يشير إلى حديث رواه عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أفرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً ، أخرجه الجماعة إلا البخارى (ف) .

ولنا : أنه شهد بما لا نفع له فيه فقبل كالأجنبي ، وإذا كان بأجرة لم يقبل لأنه منهم لكونه يوجب الأجرة لنفسه وهذا نفع فتسكون شهادته لنفسه . وقول الشافعى إنه يوجب تعديله ممنوع ، ولا نسلم لهم ما ذكروه فى الحكم .

﴿ مســـــــــــــــــألة ﴾

٨٣١٨

قال ﴿ ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ، إذا أثبت عنده ملكها ، وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوماً ﴾ .

أما إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين :

أحدهما : يجبر الممتنع على القسمة وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط :

أحدها : أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببيينة ، لأن فى الإيجابار على القسمة حكماً على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى ، فإنه لا يحكم على أحدهما إنما يقسم بقولها ورضاها .

الشرط الثانى : أن لا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » رواه ابن ماجة ، ورواه مالك فى موطنه مرسل ، وفى لفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار » .

الشرط الثالث : أن يمكن تعديل السهام من غير شئ يجعل معها ، فإن لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع ، لأنها تصير بيعاً وبيعاً لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة وبئر<sup>(١)</sup> تساوى مائتين . فإذا جمعت الأرض سهماً كانت الثلث ، فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردّها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة . ليسكونا نصفين متساويين ، فهذه فيها بيع . ألا ترى أن أخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذى أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى : ( إِلَّا أَنْ تَسْكُونُ بِتِجَارَةٍ عَنْ تَرَاثُ مِمَّا كُنْتُمْ )<sup>(٢)</sup> ؟ فإذا اجتمعت الشروط للثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمة ، لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما ، لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الفراس والبناء والزرع والساقية والإجارة والعارية ، ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك ، فوجب أن يجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » .

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٩٣ (أو بئر) وكذلك فى طبعة النقي ج ٩ ص ١١٦ والصواب (وبئر) بالواو كما فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٥٠٢ (ف) .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

إذا ثبت هذا : فقد اختلفوا في الضرر المانع من القسمة ، ففي قول الخرق<sup>(١)</sup> هو مالا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به ، ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به داراً لم يجبر على القسمة أيضاً لأنه ضرر يجري مجرى الإلتلاف .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا .

وقال القاضي : هذا ظاهر كلام أحد ، لأنه قال في رواية الميموني : إذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم ، فإن كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن ، وهذا ظاهر كلام الشافعي ، لأن نقص قيمته ضرر والضرر منفي شرعاً . وقال مالك : يجبر المقتنع وإن استضر قياساً على مالا ضرر فيه ، ولا يصح إقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ولأن في قسمته ضرراً فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ولأن في قسمته إضاعة للمال . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته<sup>(٢)</sup> . ولا يصح القياس على مالا ضرر فيه لما بينهما من الفرق . فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر كرجلين بينهما دار لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها ، فإذا قسمها استضر صاحب الثلث لكونه لا يحصل له ما يكون داراً ، ولا يستضر الآخر لأنه يبقى له ما يصير داراً مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الآخر عليها . ذكره أبو الخطاب ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل . قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها ، وهذا قول ابن أبي ليلى وأبي ثور .

وقال القاضي : يجبر الآخر عليها ، وهو قول الشافعي وأهل العراق ، لأنه طلب أفراد نصيبه الذي لا يستضر بشميه فوجبت إجابته إليه كما لو كانا لا يستضران بالقسمة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرها معاً ، ولأن فيه إضاعة للمال . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته . وإذا حرم عليه إضاعته ماله فإضاعته مال غيره أولى .

(١) في طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٩٤ والفتى ج ٩ ص ١١٦ (وهو) والصواب (هو) بدون الواو كما في الشرح الكبير ص ٤٩٠ (ف) .

(٢) روى للغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى حرم عليكم حقوق الأمهات وواد البنات ومنعا وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال » أخرجه الشيخان (ف) .

وقد روى عمرو<sup>(١)</sup> بن جميع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تمصبة<sup>(٢)</sup> على أهل الميراث إلا ما حصل القسم » قال أبو عبيدة : هو أن يخلف شيئاً إذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعاً ، ولأننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة ، وأن الضرر في حق أحدهما مانع ولا يجوز أن يكون للمانع هو ضرر الطالب لأنه مرضى به من جهته فلا يجوز كونه مانعاً ، كما لو تراضيا عليها مع ضررها أو ضرر أحدهما فتمين الضرر المانع في جهة المطلوب ، ولأنه ضرر غير مرضى به من جهة صاحبه ففنع القسمة كما لو استضررا معاً ، وإن طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث في المسألة المفروضة أجبر الآخر عليها . هذا مذهب أبي حنيفة ومالك . لأنه طلب دفع ضرر الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيه ، فأجبر عليه كما لا ضرر فيه .

بحقته : أن ضرر الطالب مرضى به من جهته فسقط حكمه ، والآخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه . وذكر أصحابنا أن المذهب أنه لا يجبر الممتنع على القسم ، لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ، ولأن طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب إجابته إلى السفه .

قال الشريفة : متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة .

وقال أبو حنيفة : متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت .

وقال الشافعي : إن انتفع بها الطالب وجبت ، وإن استضر بها الطالب فعلى وجهين .

وقال مالك : تجب على كل حال ، ولو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها ، لكل واحد منهما ربعها ، فإذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف ، فطالب صاحب النصف القسمة وجبت إجابته ، لأنه يمكن قسمتها نصفين ، فيصير حقهما لها داراً وله النصف فلا يستضر أحد منهما . ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة ، لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه ، وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر ، لأنه لا ضرر على واحد منهم . وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد

(١) هكذا في اللغى ، عمرو بن جميع ، روى عن الأعمش وغيره ، ويكنى أبا النذر ، وهو كوفي وكان على قضاء حلوان . قال الذهبي في اللبزان ج ٣ ص ٢٥١ « كذب ابن معين . وقال الدارقطني وجماعة : متروك . وقال ابن عدي : كان يتهم بالوضع . وقال البخاري : منكر الحديث » (ف)

(٢) في نسخ اللغى « لا تمصبة على أهل الميراث إلا ما حصل القسم » وهو تحريف والصواب « لا تمضية على أهل ميراث إلا فيما حصل القسم » وقد رواه أبو عبيد في التريب والبيهقي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مرسلًا . والتمضية : التفريق . ومعنى الحديث لا يفرق ولا يقسم ميراث على أهله إلا إذا كان يحتمل القسمة ، فإذا لم يحتمل وكان في قسمه ضرر على الورثة لم يجوز قسمه كالجوهرة والطين والحماء . تراجع النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٠٦ ومتنخب كنز العمال ج ٤ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ . ولسان العرب ج ١٥ ص ٦٨ (ف) .

منهما ، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه ، لم تجب القسمة على قياس المذهب لأنه إضرار بالطالب وسفه ، وعلى الوجه الذى ذكرناه تجب القسمة ، لأن المطلوب منه لا ضرر عليه .

الحال الثانى : الذى لا يجبر أحدهما على القسمة ، وهى ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة إلا برضاها ، وتسمى قسمة التراضى ، وهى جائزة مع اختلال الشروط كلها لأنها بمنزلة البيع والمناقلة وبيع ذلك جائز .

## (فصل)

٨٣١٩

إذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها ، فإذا طلبا قسمها نظرت ، فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولا ضرر فى ذلك أجبر الآخر عليه ، لأن البناء فى الأرض يجرى مجرى الغرس فيقتبعا فى البيع والشفعة ، ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه . كذلك البناء ، وإن طلب أحدهما جعل للسفل لأحدهما والعلو للآخر وبقرع بينهما ، لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان :

أحدها : أن العلو يتبع<sup>(١)</sup> للسفل ، ولهذا إذا بيعا تثبت الشفعة فيهما ، وإذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة ، وإذا كان تبعاً له لم يحمل المتبوع سهماً والتبع سهماً فيصير التبع أصلاً .

الثانى : أن السفل والعلو مجريان مجرى الدارين للتلاصقتين ، لأن كل واحد منهما يسكن منفرداً ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهما المطالبة بحمل كل دار نصيباً كذا هاهنا .

الثالث : أن صاحب القرار يملك قرارها وهواها ، فإذا جعل السفل نصيباً انفرد صاحبه بالهواء ، وليست هذه قسمة عادلة ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يقسمه الحاكم ، يجعل ذراعاً من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . وقال محمد : يقسمها بالقيمة . واحتجوا بأنها دار واحدة ، فإذا قسمها على ما يراه جاز كاتى لا علوها .

ولنا : ما ذكرناه من المعانى الثلاثة ، وفيها رد ما ذكروه ، وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضاً ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل وحده لم يجب إليه ؛ لأن القسمة تراد للتمييز ، ومع بقاء الإساءة<sup>(٢)</sup> فى أحدهما لا يحصل التمييز . وإن طلب قسمة السفل منفرداً أو العلو منفرداً لم يجب إليه ، لأنه قد يحصل لسكل واحد منهما علو سفل الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يميز الحقان .

(١) هكذا فى المغنى ولعل الأنسب « أن العلو تبع للسفل » (ف) .

(٢) فى طبعة الشيخ رشيد ج ١١ ص ٤٩٨ والفق ٩ : ١١٩ (الإساءة) بالسين المهملة والصواب (الإساءة)

بالسين المعجمة كما فى الشرح الكبير ٤٩٧/١١ (ف) .

٨٣٢٠

(فصل)

وإذا كان بينهما دار أو خان كبير ، فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر في قسمته ، أجبر الممتنع على القسمة ، وتفرد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن ، وإن كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو أحد الخانين ويجعل الباقي نصيباً لم يجبر الممتنع ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربنا أو تفرقتا ، لأنه أنفع وأعدل .

وقال مالك : إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع من ذلك عليه ، لأن المتجاورتين تقارب منفعهما بخلاف المتباعدتين . وقال أبو حنيفة : إن كانت إحداها أحجرة الأخرى أجبر الممتنع وإلا فلا ، لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة .

ولنا : أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى فلم يجبر عليه ، كالمتفرقين على ملك ، وكألو لم تكن حجة بها مع أبي حنيفة<sup>(١)</sup> ، وكألو كانتا داراً ودكاناً مع أبي يوسف ومحمد . والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور ، وكألو كانت لها عضائد صفار لا يمكن قسمة كل واحدة منهما منفردة لم يجبر الممتنع من قسمها عليها .

٨٣٢١

(فصل)

فإن كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ، ويتحقق فيها الشروط التي ذكرناها أجبر الممتنع على قسمها ، سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء ، فإن كان فيها نخل وكرم وشجر مختلف وبناء فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدها ، وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة . فقال أبو الخطاب : تقسم كل عين على حدها ، وكذلك كل مقسوم إذا أمكنت النسوبة بين الشريكين في جيده ورديته كان أولى ، ونحو هذا قال أصحاب الشافعي ، فإنهم قالوا : إذا أمكنت النسوبة بين الشريكين في جيده ورديته بأن يكون الجيد في مقدمها والردى في مؤخرها ، فإذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والردى مثل ما للآخر وجبت القسمة وأجبر الممتنع عليها ، وإن تمكن القسمة هكذا ، بأن تكون العمارة أو الشجر والجيد لا تمكن قسمته وحده ، وأمكن التعديل بالقيمة ، عدلت بالقيمة ، وأجبر للممتنع من القسمة عليها .

وقال الشافعي في أحد القولين : لا يجبر الممتنع من القسمة عليها . وقالوا : إذا كانت الأرض ثلاثين جريباً قيمة عشرة أجربة منها كقيمة عشر لم يجبر الممتنع من القسمة عليها لتعذر المساوى في الزرع ،

(١) هكذا في المنفى وفي الشرح الكبير ج ١١ ص ٥٠٨ « كألو لم تكن حجرتها عند أبي حنيفة » (ف) .

ولأنه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة إذا لم تمكن إلا بأن يجعل كل واحد منهما سهماً كذا هاهنا .

ولنا : أنه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر ، فوجب قسمته كاللدور ، ولأن ما ذكره يفضى إلى منع وجوب القسمة في البساتين كلها والدور ، فإنه لا يمكن تساوى الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ، ولأنه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجب قسمته ، كما لو أمكنت التسوية بالزرع .

وأما إذا كان بستانان لكل واحد منهما طريق ، أو حقلان ، أو داران ، أو دكانان متجاوران أو متباعدان ، فطلب أحد الشريكين قسمته يجعل كل واحد بينهما لم يجبر الآخر على هذا ، سواء كانا متساويين أو مختلفين ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، لأنهما شيان متميزان ، لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر ، بخلاف البستان الواحد والأرض الواحدة وإن عظمت ، فإنه إذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي ، والشفعة كالقسمة ، لأن كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشراكة ونقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته لا تجب للشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه لا تجب قسمته ، وعكس هذا ما تجب قسمته تجب فيه الشفعة ، وما تجب للشفعة فيه تجب قسمته ، ولأنه لو بدا الصلاح في بعض البستان كان صلاحاً لباقيه ، وإن كان كبيراً ولم يكن صلاحاً لما جاوزه وإن كان صغيراً .

### (فصل)

٨٣٢٢

وإذا كان في الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع أجبر الممتنع ، لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار فلم يمنع القسمة كالقماش ، وسواء خرج الزرع أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسمها بقي الزرع بينهما مشتركا ، كما لو باع الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً لم يجبر الآخر عليه ، لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهم لا يمكن ، لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة ، وإن طلب قسمتها مع الزرع وكان قد خرج جاز وأجبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلاً<sup>(١)</sup> أو اشتد الحب فيه ، لأن الزرع كالشجر في الأرض ، والقسمة إفراز حق وليست بيعاً .

وإن قلنا : هي بيع لم يجبر إذا اشتد الحب ، لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض . ويحتمل الجواز ، لأن السنبال هاهنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست للقصود ، فأشبهه بيع النخلة المثمرة بمثلها .

وقال الشافعي : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ، لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها .

(١) التفصيل : الشعير ، يجذ أخضر لمف الدواب ( ف ) .

ولنا : أنه نابت فيها للنماء والنفع فأشبهه الفراس وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ولا ضرر عليه في نقله ، وإن كان الزرع بذراً في الأرض فقال أصحابنا : لا تجوز قسمته لجهالته وكونه لا يمكن إفرازه ، وهذا مذهب الشافعى . ويحتمل الجواز ، لأنه يدخل تبعاً للأرض فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان : وكذلك لو اشترى أرضاً فيها زرع فاشترطوا ملكه بالشرط وإن كان بذراً مجهولاً .

## (فصل)

٨٣٢٣

إذا كانت بينهما أرض قيمتها مائة ، في أحد جانبيها بئر قيمتها مائة ، وفي الآخر شجرة قيمتها مائة ، عدلت بالقيمة ، وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيباً ، والشجرة مع النصف الآخر نصيباً . فإن كانت بين ثلاثة أو أكثر نظرت في الأرض ، فإن كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة ، لأنها إذا كانت أقل لم يمكن التعديل إلا بقسمة البئر والشجرة وذلك مما لا تجب قسمته ، وإن كانت قيمتها مائة فجعلناها سهماً ، والبئر سهماً ، والشجرة سهماً ، لم يحصل مع البئر والشجرة شيء من الأرض ، فيصير هذا كقسمة الشجر وحده ، وقسمة ذلك وحده ليست قسمة إجبار .

وإن كانت الأرض كبيرة للقيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة وجبت القسمة .

ومثاله : أن تكون قيمة الأرض مائتين وخمسين ، فيجعلها مائة وخمسين سهماً ، ويضم إلى البئر ما قيمته خمسون ، وإلى الشجرة مثل ذلك ، فتصير ثلاثة سهام متساوية ، وفي كل سهم جزء من أجزاء الأرض ، فتجب القسمة حينئذ .

وكذلك لو كانوا أربعة ، وقيمة الأرض أربعائة ، وجبت القسمة ، لأننا نجعل ثلاثمائة منها سهمين ومائة مع البئر والشجرة سهمين ، فعدلت السهام .

ولو كانت الأرض لائتين ، فأراد قسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار ، وهكذا الأرض ذات الشجر إذا اقتسما الشجر دون الأرض لم تكن قسمة إجبار ، ولو اقتسماها بشجرها كانت قسمة إجبار ، لأن الشجر يدخل تبعاً للأرض ، فيصير الجميع كالشيء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شيء من الأرض بشجره ، وإذا قسم ذلك دون الأرض صار أصلاً في القسمة ليس بتابع لشيء واحد ، فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين للمتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مفرداً . وكل قسمة غير واجبة إذا تراضيا بها فهي بيع حكمها حكم البيع .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٣٢٤

قال : ﴿ وإذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه إلا أن يتراضيا فيكون لكل واحد ما رضى به ﴾ .



وجملته : أن القسمة على ضر بين : قسمة لإجبار ، وقسمة تراضى ، وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ، ولا تخلو من أربعة أقسام :

أحدها : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية .

الثانى : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة .

الثالث : أن تكون السهام مختلفة ، وقيمة الأجزاء متساوية .

الرابع : أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة .

فأما الأول : فنقل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ، لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوى أجزائها فى القيمة ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز فى ظاهر كلام أحد ، فإنه قال فى رواية أبى داود : إن شاء رقاعاً وإن شاء خواتيم ، يطرح ذلك فى حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : أخرج خاتماً على هذا السهم ، فمن خرج خاتمه فهو له . وعلى هذا لو أقرع بالحصص أو غيره جاز . واختار أصعباً فى القرعة أن يكتب رقاعاً متساوية بعدد السهام ، وهو هاهنا غير بين أن يخرج الأسماء على السهام وبين إخراج السهام على الأسماء ، فإن أخرج الأسماء على السهام كتب فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ، وترك فى بنادق طين أو شمع متساوية القدر والوزن ، ويترك فى حجر من لم يحضر القسمة ، ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم ، فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه فى البندقة ، ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير ، فيتمعين لمن بقى ، وإن اختار إخراج السهام على الأسماء كتب فى الرقاع أسماء السهام ، فيكتب فى رقعة الأول مما بلى جهة كذا ، وفى أخرى الثانى حتى يكتب الستة ، ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذى فى الرقعة ، ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير فيتمعين لمن بقى . وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طيناً وتطرح فى ماء ويعين واحد ، فأى البنادق انحل للطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهمى له ، وكذلك الثانى والثالث وما بعده . فإن خرج اثنان أعيد الإقرع ، والأول أولى وأسهل .

القسم الثانى : أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة ، فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ، ويفعل فى إخراج السهام مثل الذى قبله سواء لا فرق بينهما إلا أن التعديل تم بالسهام وهاهنا بالقيمة .

القسم الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة ، مثل أرض بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، وأجزاؤها متساوية القيمة فلها تجعل سهماً بقدر أقلها وهو السدس ، فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ، ويكتب ثلاث رقاع بأسمائهم ، ويخرج رقعة على السهم الأول ، فإن خرجت لصاحب

السدس أخذه ، ثم يخرج أخرى على الثانى ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثانى والثالث ، وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف بغير قرعة . وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع ، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث . وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذي يليه ، وكان السادس لصاحب السدس فإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس . وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثانى ثم يخرج الثانية على الثالث . فإن خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس . وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ صاحب النصف مابقى .

وقيل : تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث ، وباسم صاحب الثلث اثنان ، وباسم صاحب السدس واحدة ، وهذا لافائدة فيه ، فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف ، وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فأغنى ، ولا يصح أن يكتب رقاعاً بأسماء للسهم ويخرجها على أسماء الملاك ، لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثانى لصاحب السدس ، ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقاً فيتضرر بذلك .

القسم الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة ، فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ، ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام كما ذكرنا فى القسم الثالث سواء ، لافصل بينهما إلا أن التعديل هاهنا بالقيم وفى التى قبلها بالمساحة .

وأما الضرب الثانى ، وهى قسمة التراضى التى فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض ، فهذه لا إيجاب فيها لأنها معاوضة ولا يجبر على المعاوضة ، وكذلك سائر ما لا تجب قسمته ، كالدارين تجعل كل واحدة منهما سهماً وما يدخل الضرر عابهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم .

إذا ثبت هذا ، فإن قسمة الإيجاب تلزم بإخراج القرعة ، لأن قرعة قاسم الحالك بمنزلة حكمه ، فيلزم بإخراجهما كلزوم حكم الحالك ، وأما قسمة التراضى ففيها وجهان : أحدهما : يلزمه أيضاً كقسمة الإيجاب ، لأن القاسم كالحالك وقرعته كحكمه .

الثانى : لا تلزم ، لأنها بيع ، والبيع يلزم بالتراضى لا بالقرعة ، وإنما القرعة هاهنا لتعريف البائع من لشترى ، فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحداً من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز ، لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما ، وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختر وبازم هاهنا بالتراضى وتفرقهما كما يلزم البيع .

## ﴿ فصل ﴾

٨٣٢٥

ويجوز للشريكين أن يقسما بأنفسهما ، وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما ، فإن نصب الحاكم قاسماً لهما فن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذي حق حقه . وهذا قول الشافعي ، إلا أنه يشترط كونه حراً ، وإن نصباً قاسماً بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة ، فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة . وإن كان كافراً أو فاسقاً أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ، ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع إلى لزوم القسمة .

ويجزى قاسم واحد فيما لا يحتاج إلى تقويم ، فإن احتاج القسم إلى التقويم احتاج إلى قاسمين ، لأنه يحتاج إلى أن يكون المقوم اثنين ، ولا يكفي في التقويم واحد ، فتنصب قاسماً أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحدة لزم القسمة بقرعته ، وإن اختلف فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما ، لأن وجوده وعدمه واحد وإن قسمتا أنفسهما وأفرعا لم تلزمه القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة ، لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه .

## (فصل)

٨٣٢٦

وعلى الإمام أن يرزق القاسم من بيت المال ، لأن هذا من المصالح . وقد روى أن علياً رضي الله عنه اتخذ قاسماً وجعل له رزقاً من بيت المال ، فإن لم يرزقه الإمام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعوا إلى القاسم أجرة ايقسم بينكما . فإن استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز . وإن استأجره جميعاً لإجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من القسوم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون عايتهم على عدد رؤوسهم ، لأن عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر ، سواء تساوت سهامهم أو اختلفت ، فكان الأجر بينهم سواء .

ولنا : أن أجر القسمة يتعلق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأملك كنفقة العبد ، وما ذكره لا يصح ، لأن العمل في أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلاً أو موزوناً كان كيل الكثير أكثر عملاً من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع . وعلى أنه يبطل بالحافظ ، فإن حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال .

## (فصل)

٨٣٢٧

وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لهما ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة : هي على الطالب للقسمة لأنها حق له .

وأما : أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما كالأجر تراضوا عليهما .

## ( فصل )

٨٣٢٨

وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطاً في القسمة ، وأنه أعطى دون حقه نظرت ، فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا تقف على تراضيهما ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببيئة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بيئة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه أحلف له . وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها . وإن كانت مما لا تلزم إلا بالتراضى ، كالذى قسماء بأنفسهما ونحوه ، لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه قد رضى بذلك ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه . والصحيح عندى أن هذه كالتى قبلها ، وأنه متى أقام البيئة بالغلط نقضت القسمة ، لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببيئة عادلة ، فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو السلم فيه ثم ادعى غلطاً في كيله أو وزنه .

وقولهم : إن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح ، فإنه إنما يسقط مع علمه . أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضى بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه ، كالثمن والسلم فيه ، فإنه لو قبض المسلم فيه بقاء على أنه عشرة مكابيل راضياً بذلك ثم ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببيئة لم يسقط حق واحد منها بالرضى ولا يمنع سماع دعواه وبيئته ، ولأن المدعى عليه في مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة . ولو سقط حق المدعى بالرضى لما نقضت القسمة بإقراره ، كما لو وهبه الزائد .

وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع داراً على أنها عشرة أذرع فبان تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل في أحد الوجهين . وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه ، والبيع إنما يلزم بالتراضى . فلو كان التراضى يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص ، والله أعلم .

ولأن من رضى بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه ، كما لو اقتسما شيئاً وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقاً .

فإن قيل : فلم لا تعطى المظلوم حقه في هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو السلم فيه ؟

قلنا : لأن الغلط هاهنا في نفس القسمة بقفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لقوات شرطها ، وفي السلم والثمن الغلط في القبض دون المقد ، فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض موحده في صحته بخلاف مسألتنا .

٨٣٢٩

(فصل)

إذا اقتسم الشريكان شيئاً ، فبان بعضه مستحقاً نظرت ، فإن كان معيناً في نصيب أحدهما بطلت القسمة ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه ، كما لو وجد عيباً فيها أخذه .

ولنا : أنها قسمة لم تعدل فيها للسهم فكانت باطلة ، كما لو فعلا ذلك مع عدهما بالحال . وأما إذا بان نصيب أحدهما مميباً فهو محتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطولان القسمة لعدم التعديل بالقيمة ، ويحتمل أن يفرق بينهما ، فإن العيب لا يمكن التعرّض منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع ، وإن كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة ، لأن ما يبقى لسكل واحد منها بعد المستحق قدر حقه ، ولأن القسمة لإفراز حق أحدهما من الآخر ، وقد أفرز كل واحد منها حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو وضوئه أو نحو هذا فتبطل القسمة ، لأن هذا يمنع التعديل . وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه . وإن كان المستحق مشاعاً في نصيبهما بطلت القسمة ، لأن الثالث شريكهما ، وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه ، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقسما دونه<sup>(١)</sup> وإن كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو أحدهما فالحكم فيها كما لو لم يعلما<sup>(٢)</sup> على ما ذكرنا من التفصيل فيه ، والله أعلم .

٨٣٣٠

(فصل)

وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة ، فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرض العيب ، لأنه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري ، ويحتمل أن تبطل القسمة ، لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف اللبيب .

٨٣٣١

(فصل)

وإذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما داراً وبنى فيها ، أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما في نصيبه أو غرس ثم استحق نصيبه ونقض بفاؤه وقلع غرسه ، فإنه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس . ذكره

(١) زاد الشرح للكيبرج ١١ ص ٥١٤ عقب قوله فاقسما دونه [ وفيه وجه آخر أنها لا تبطل لأنه يأخذ من كل واحد منهما مثل ما يأخذ من الآخر ويصير مع كل واحد قدر حقه فأشبه ما لو كان للمستحق معيناً في نصيبهما على السواء ] (ف)

(٢) في اللغني طبعة رشيد ج ١١ ص ٥١٠ وطبعة الفقي ج ٩ ص ١٢٨ ( كما لو لم يعلمان ) والصواب ( كما لو لم يعلما ) بحذف نون للفعل العجزم حيث وقع بعد ( لم ) الجازمة (ف)

الشرىف أبو جعفر ، وحكاى أبو الخطاب عن القاضى . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن : ليس له الرجوع عليه بشىء ، لأنه بنى وغرس باختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره ، كما لو بنى فى ملك نفسه .

ولنا : أن هذه القسمة بمنزلة البيع ، فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيباً وإنما يقسمان كذلك بالتراضى فتكون جارية بحرى البيع ، ولو باع الدار جميعها ثم بازت مستحقة رجوع عليه بالبناء كله . فإذا باعه نصفها رجوع عليه بنصفه ، وكذلك يخرج فى كل قسمة جارية بحرى البيع وهى قسمة التراضى الذى فيه رد عوض ومالا يجبر على قسمته لضرره فيه ونحو ذلك . فأما قسمة الإجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقاً بعد البناء والغرس فيه فتنقض البناء وقلم الغرس ، فإن قلنا : القسمة بيع فالحكم فيها كذلك ، وإن قلنا : ليست بيعاً لم يرجع ، لأن شريكه لم يفره ولم ينقل إليه من جهته بيع ، وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه . هذا الذى يقتضيه قول أصحابنا .

### ( فصل )

٨٣٣٢

وإذا انقسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا بما اقتسموه لم تبطل القسمة ، لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضاهم ، فأشبهه تعلق دين الجفابة برقبة الجاني ، وبفارق الرهن ، لأن الحق يتعلق به برضا مالكة واختياره ، فعلى هذا يقال للورثة إن شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها ، وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت التركة فى الدين ، فإن أجاب أحدهم وامتنع الآخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب الجيب بحاله .

وإن كان ثم وصية بجزء من المقتسم ، فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقاً على ما مر من التفصيل فيه ، لأنه يستحق أخذه . وإن كانت الوصية بمال غير معين ، مثل أن يوصى بمائة دينار فحكمها حكم الدين على ما بينا .

### ( فصل )

٨٣٣٣

وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة ، إما فى الأجزاء ، بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها ، أو بعض الحقل يزرعه ، ويسكن الآخر ويزرع فى الباقي ، أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى ، لم يجبر الممتنع منهما ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر لأن فى الامتناع منه ضرراً فينتفى بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ووافقنا أبو حنيفة فى العيب خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة .

ولنا : أن المهايأة مأمورة فلا يجبر عليها كالبيع ، ولأن حق كل واحد فى المنفعة عاجل ، فلا يجوز

تأخيره بغير رضا كالتدين ، وكافى العبيد عند أبي حنيفة ، ويخالف قسمة الأصل ، فإنه إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقيقتين .

إذا ثبت هذا فإنهما إذا اتفقا على المهاباة جاز ، لأن الحق لها فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضى ولا يلزم ، بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهاباة ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهاباة . ووافق أبو حنيفة وأصحابه في انتقاضها بطلب القسمة . وقال مالك : تلزم المهاباة ، لأنه يجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الأصل .

ولنا : أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة فلم يلزم ، كما لو أعاره شيئاً ليميره شيئاً آخر إذا احتاج إليه ، وظارق القسمة ، فإنها إفراز حق على ما ذكرناه .

## (فصل)

٨٣٣٤

قال أحمد في قوم اقتسموا داراً وحصل لمعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة : قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع ، يعنى أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها ، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع كزيادة ملكه فيها ، مثل أن يكون لأحدهما الخسان فيحصل له أربعون ذراعاً وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فإن الثمن يقسم بينهما أخماساً على قدر ملكهما في الدار . فإن كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين<sup>(١)</sup> فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعاً وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعاً فلا ينبغي أن يقسم الثمن على قدر الأذرع ، بل يقسم بينهما نصفين ، لأن الستين هاهنا معدولة بالأربعين ، فكذلك يعدل بها في الثمن والله أعلم .

وقال أحمد في قوم اقتسموا داراً كانت أربعة سطوح يجرى عليها الماء ، فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه ، وقال هذا شيء قد صار لى — قال : إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك ، فإن لم يشترط فليس له منعه ، ووجه أنهم اقتسموا الدار وأطلقوا فاقترضوا ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها ، وكالو اشتراها بحقوقها ، ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجرى إليه معتاداً له وهو على سطح المانع ، فلمذا استجبه حالة الإطلاق ، فإن تشارطوا على رده فالشرط أملاك ، والمؤمنون على شروطهم .

وقال أبو الخطاب : إذا اقتسما داراً فحصل الطريق في نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه<sup>(٢)</sup> وإلا بطلت القسمة ، وذلك لأن القسمة تقتضى التعديل ، والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له إلا

(١) في نسخ اللغنى ( مثل دار بينهما نصفين ) وفي الشرح الكبير ج ١١ ص ١٧٠ ( مثل دار تكون بينهما

نصفين ) وهو الصواب عربية . ( ف )

(٢) أى جاز وإلا بطلت القسمة ( ف )

قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ، ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به ، وهذا لا ينتفع به آخذه . فإن كان قد أخذه راضياً به عالمًا بأنه لا طريق له جاز ، لأن قسمة التراضى بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز ، وقياس المسألة التي قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كجبري الماء ، والله أعلم .

## (فصل)

٨٣٣٥

قال : واللاب والوصى قسمة مال الصغير مع شريكه ، لأن القسمة إما إفراز حق أو بيع ، وكلاهما جائز لهما ، ولأن في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له ، ويجوز لهما قسمة التراضى من غير زيادة في العوض ، لأن فيه دفعاً لضرر الشركة ، فأشبه ما لو بADE لضرر الحاجة إلى قضاء الدين أو الحاجة إلى النفقة .

## (فصل)

٨٣٣٦

ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو من فوض الإمام إليه ذلك . فإن كان من ولأه ليس بمعدل ، فهل تصح ولايته ؟ على وجهين .

ويلزم الإمام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم .  
والألفاظ التي تنعقد بها الولاية تنقسم إلى صريح وكناية .

فالصريحة : سبعة ألفاظ وهي : قد وليتك الحكم ، وقلدتك ، واستقبتك ، واستخلفتك ، ورددت إليك الحكم ، وفوضت إليك ، وجمعت إليك ، فإذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولى وجوابها من المولى بالقبول انعقدت الولاية .

وأما الكناية : فهي أربعة ألفاظ : قد اعتمدت عليك ، وعوّلت عليك ، ووكلت إليك ، واستندت إليك .

فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة نحو قوله : فاحكم فيما وكلت إليك ، وانظر فيما أسندت إليك ، وتول ما عوّلت فيه عليك .

وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء :

فصل الخصومات بين المتنازعين ، واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ، ودفعه إلى مستحقه ، والنظر في أموال اليتامى والمجانين ، والحجر على من يرى الحجر عليه لفسه أو فلس ، والنظر في الوقوف في عمله في حفظ أصولها وإجراء فروعها على ما شرط الواقف ، وتزويج الأيتام اللاتي لا أولياء لهن ، وإقامة الحدود ، والنظر في مصالح المسلمين في عمله ، بسكف الأذى عن طرقات المسلمين وأقبيتهم ، وتصفيح حال شهوده وأمنائه ،



والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم ، والإمامة في صلاة الجمعة والعيد ، وفي جباية الخراج وأخذ الصدقة وجهان .

( فصل )

٨٣٣٧

قال : ويوصى الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى ، والرفق بالخصوم ، وقلة الطمع . ويجهتد أن يكونوا شيوخاً أو كهولاً من أهل الدين والصيانة والعفة .

( فصل )

٨٣٣٨

قال ابن المنذر : يكره للقاضي أن يفتي في الأحكام . كان شريح يقول : أنا أفتى ولا أفتى . وأما الفتيا في الطهارة وسائر ما لا يحكم في مثله فلا بأس بالفتيا فيه .

## باب الحضانة

كفالة الطفل وحضانه واجبة ، لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك .

﴿ مسألة ﴾

٨٣٣٩

قال ﴿ وأحق الناس بحضانة الطفل والمتنوء أمه ﴾ .

إذا افترق الزوجان ولهما ولد طفل أو متنوء ، فأمه أولى الناس بكفالاته ، إذا كملت الشرائط فيها ، ذكر أكان أو أنثى .

هذا قول يحيى الأنصارى والزهرى والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أبااه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحي » رواه أبو داود .

ويروى « أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه حكم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه بدمامم لأمه أم عاصم وقال : ريحها وشمها ولطفها خير له منك » رواه سعيد في سننه .

ولأنها أشفق عليه وأقرب ، ولا يشاركها في القرب إلا الأب . وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى من امرأة أبيه .

( فصل )

٨٣٤٠

فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط انتقل إلى من يليها في الاستحقاق ، لأنها صارت كالمعدومة .

٨٣٤١

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وأولى الناس بعد الأم أمها ، ثم أمهاتها ، الأقرب فالأقرب ، ثم الأب ﴾ .

يقدم من على سائر الأقارب من النساء والرجال ، لأنهن نساء ولادتهن متحققة ، فهن في معنى الأم . وعن أحمد رواية أخرى أن أم الأب مقدمة على أم الأم ، لأنها تدلى بعصبة . فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ، لأنهن يدلين به ، فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته وإن علون ، ثم أبو الأب ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته ، وإن لم يكن وارثات ، لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبي الأم .

٨٣٤٢

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم الأخت للأبوين ، ثم الأخت للأب ، ثم الأخت للأم ، ثم الخالة ، ثم العمة في الصحيح عنه ﴾ .

إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علون انتقلت إلى الأخوات ، وقدم من على سائر القربات من الخالات والعلمات وغيرهن ، لأنهن شاركن في النسب فقدمن في الميراث . وأولى الأخوات من كانت لأبوين لقوة قرابتها ، ثم من كانت للأب ، ثم من كانت للأم . نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ، وهو قول المزني وابن شريح ، لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب . وقال ابن شريح : تقدم الخالة على الأخت من الأب كذلك . ولأبي حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت للأب أقوى في الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين . ودليل قوتها أنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات ، وتقاسم الجد . وما ذكره من الأدلة لا يلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ، ولهما تمصيب فمكانت أولى .

وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب ، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات .

وجه هذه الرواية : أن هؤلاء نساء يدلين بالأم فكان أولى من الأب كالجدا .

والرواية الأولى هي المشهورة في المذهب .

فإن اجتمع أخ وأخت قدمت الأخت في الحضانة لأنها امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من في درجتها من الرجال ، كتقديم الأم على الأب ، وأم الأب على أبي الأب ، لأنها تلي الحضانه بنفسها والرجل لا يليها بنفسه . فإذا انقرض الإخوة والأخوات صارت الحضانة للخالات ، وتقدم على العمة ، لأنها

تدلى بالأُم ، وبعدهن العات في الصحيح عنه ، لأنهن أخوات الأب ، فتقدم العمة من الأبوين ، ثم العمة من الأب ، ثم العمة من الأُم كالأخوات ، ويقدمن على الأعمام ، لأنهن نساء من أهل الحضانة فيقدمن على من في درجتهم من الرجال كتقديم الأُم على الأب ، والجدة على الجد ، والأخت على الأخ .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٣٤٣

قال الخرقى : ﴿ وخالة الأب أحق من خالة الأُم ﴾ .

قد ذكرنا أنه إذا عدت الأمهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويقدمن على العات لما ذكرنا . نص عليه أحمد .

ويحتمل كلام الخرقى تقديم العات ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأُم ، فدل على تقديم قرابة الأب على قرابة الأُم . ولأنهن يدلن بعصبه فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأُم .

وقال القاضي : مراد الخرقى بقوله خالة الأب ، أى الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأُم ، لتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأُم ، لأن الخالات أخوات الأُم ، فيجوزن في الاستحقاق والتقديم فيما بينهما مجرى الأخوات المفرقات ، وكذلك الحكم في العات المفرقات .

فإذا قلنا بتقديم الخالات ، فإذا انقرضن فبعدهن العات . وإن قلنا بتقديم العات فالخالات بعدهن ، فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأُم ، وهل تقدم خالات الأب على عماته ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا في الخالات والعات ، وأما عات الأُم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلن بأب الأُم وهو رجل من ذوى الأرحام ولا حضانة له ولا لمن يدل به ، وفيه وجه أن لهم حضانة سوف نذكره إن شاء الله تعالى .

## ( فصل )

٨٣٤٤

والرجال من العصبات مدخل في الحضانة ، وأولام الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوم وإن سفلوا ، على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوم كذلك . ثم عمومة الأب ثم بنوم ، وهذا قول الشافعى . وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الأب والأجداد ، لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم تسكن لهم حضانة كالأجانب .

ولنا : أن علياً وجعفرأ اختصما في حضانة بنت حمزة فلم ينكر عليهما النبي صلى الله عليه وسلم ادعاء الحضانة ، ولأن لهم ولاية وتمصيباً بالقرابة ، فثبتت لهم الحضانة كالأب والجد . وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأنهم تساوا في عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر .

والمصبات لم قرابة يمتازون بها، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد، ويقومون مقام الأب في التخيير للعصى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعا على ما ذكره .

## ﴿مسألة﴾

٨٣٤٥

قال : ﴿ إلا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها ، فإذا بلغت سبعا لم تسلم إليه ، لأنه ليس محرما لها ﴾ .

## ﴿مسألة﴾

٨٣٤٦

قال : ﴿ فإن امتنعت الأم من حضانتها مع استحقاقها ، انتقلت إلى أمها في أظهر الوجهين . والوجه الآخر تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقطت فروعها ﴾ . ولنا : أن الأب أبعد ، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ، كما لا ينتقل إلى الأخت . وكونهن فروعا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كما لو سقط حقها لكونها ليست من أهل الحضانة أو تزوجها . وهكذا الحكم في الأب إذا سقط حقه هل يسقط حق أمهاته ؟ على وجهين . فإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها ، لم يسقط حق الأخت من الأب وجهاً واحداً ، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها .

## ﴿مسألة﴾

٨٣٤٧

قال : ﴿ فإن عدم هؤلاء كلهم . فهل للرجال من ذوى الأرحام حضانة ؟ على وجهين ﴾ : أحدهما : لم حضانة ، لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، فأشبهوا البعيد من المصبات .

والثاني : لاحق لهم في الحضانة ، وينتقل الأمر إلى الحاكم ، لأنهم ليسوا ممن يحضن بنفسه ، ولا لهم ولاية لعدم تمصيبهم ، فأشبهوا الأجانب ، فعلى الوجه الأول يكون أبو الأم وأمهاة أحق من الخال لأنه يسقط في الميراث ، وفي تقديمهم على الأخ من الأم وجهان :

أحدهما : يقدم الأخ لأنه يرث الفرض ، ويسقط ذوى الأرحام كلهم ، فقدم عليهم في الحضانة .

والثاني : أبو الأم وأمهاة أولى منه ، لأن أبا الأم يدل عليها بالأبوة ، والأخ يدل بالهنوة ، والأب يقدم في الولاية على الابن ، فقدم في الحضانة لأنها ولاية .

## ﴿مسألة﴾

٨٣٤٨

قال : ﴿ ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ﴾ .

لا تثبت الحضانة لطفل ولا ممتوه : لأنه لا يقدر عليها : وهو يحتاج إلى من يكفله ، فكيف يكفل

غيره ؟ ولا لفاسق ، لأنه لا يوثق به في أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد في حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته . ولا لرقيق . وبهذا قال عطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وقال مالك في حرله ولد حر من أمة : الأم أحق به إلا أن تباع فينتقل فيكون الأب أحق به لأنها أم مشقة أشبهت الحر . ولنا : أنها لا تملك منافعتها التي تحصل الكفالة بها ، لكونها مملوكة لسيدها ، فلم تكن لها حضانة ، كما لو بيعت ونقلت . ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك والشافعي وسوار والعنبري . وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي : تثبت لما روى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سيار « أنه أسلم وأبى امرأته أن تسلم ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبهه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اقمي ناحية ، وقال لها : اقمي ناحية ، وقال : ادعواها ، قالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ، قالت لأبيها ، فأخذها » رواه أبو داود . ولنا : أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم ، كولاية النكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق كالكافر أولى لأن ضرره أكثر . فإنه يجتهد في إخراجه عن دينه ، ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاك وهلاك دينه .

فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبت به أهل النقل ، وفي إسناده مقال ، قاله ابن المنذر . ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنها تخاف أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً في حقه .

## (فصل)

٨٣٤٩

فأما من بضمه حُر ، فإن لم تسكن يده وبين سيده مهابة فهو كامن ، لا تكون منافعه مشتركة بيده وبين سيده ، وإن كان بينهما مهابة فقياس قول أحمد أن له الحضانة في أيامه ، لأنه قال : كل ما يجزىء فعليه النصف من كل شيء ، وهذا اختيار أبي بكر ، وعند الشافعي لا حضانة له لأنه كالتن عندده وهو أصل قد تقدم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٣٥٠

قال : ﴿ ولا حضانة لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل ﴾ إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وعن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج ، ونقل منها عن أحمد : إذا تزوجت الأم وابنتها صغير أخذ منها . قيل له : فالجارية مثل الصبي ؟ قال : لا الجارية تسكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يُزَلْ الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالتها عن الغلام .

ووجه ذلك : ما روى أن علياً وجمراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضنة ابنه حمزة ، فقال على : بنت عمى ، وقال زيد : بنت أخى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى وعند خالتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخالة أم » وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود بنحوه . فجعل لها الحضنة وهى مزوجة . والأولى هى الصحيحة . قال ابن أبى موسى : وعليها العمل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأنها تشتغل عن الحضنة بحقوق الزوج ، فكان الأب أحظ له . ولأن منافعتها مملوكة لغيرها فأشبهت الأمة .

فأما بنتها فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضنة ، ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا على ، وقد رجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضنة . وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة برجل من أهل الحضنة كالجدة المزوجة للجد لم تسقط حضانتها ، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت زوجة الأب . ولو تنازع العمان فى الحضنة وأحدهما متزوج للأم أو للخالة فهو أحق بالحديث بنت حمزة ، وكذلك كل عصبتين تساوتا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضنة قدم بذلك .

### (فصل)

٨٣٥١

وظاهر هذا أن للنزويج بالأجنبي يسقط الحضنة . وهو ظاهر قول الخرقى : وإن عرى عن الدخول ، وهو قول الشافعى ، ويحتمل أن لا يسقط إلا بالدخول ، وهو قول مالك . لأن به يشتغل عن الحضنة ، والأول أولى أقول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به ما لم تنكحى » وقد وجد النكاح ، ولأن بالعقد تملك منافعتها ، ويستحق زوجها منها من حضنته ، فزال حقها كما لو دخل بها .

### (فصل)

٨٣٥٢

إذا عدت الأم ، أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضنة ، فأم الأب أولى من الخالة إذا اجتمعتا . وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد . وحكى عن مالك وعن أحمد : أن الأخت والخالة أحق من الأب . وقد ذكرناه ، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب ، وهو قديم قولى الشافعى . لأنها تدلى بأم وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم كقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن الله صلى الله عليه وسلم قضى ببنت حمزة لخالتها وقال : « الخالة أم » .

ولنا : أن أم الأب جدة وارثة ، فقدمت على الخالة كأم الأم . ولأن لها ولادة فأشبهت أم الأم ، فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً فى الجملة ، وليس النزاع فيه ، إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع . وقولهم : تدلى بأم .

قلنا : لكن لا ولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الخالة . فعلى هذا : متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن ليس من عودى النسب بكل حال ، وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والورثة .

## (فصل)

٨٣٥٣

وإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأما الأم أولى وإن علت درجتها ، لأن لها ولادة ، وهي تدلى بالأم التي تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب . وعن أحمد أن أم الأب أحق ، وهو قياس قول الخرق ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتها للآخرى في الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم . وإنما قدمت الأم على الأب لأنها أنثى تلى الحضانة بنفسها ، فسلك أمه فإنها أنثى تلى بنفسها ، فقدمت لما ذكرنا .

## ﴿مسألة﴾

٨٣٥٤

قال : ﴿ومتى زالت الموانع منهم ، مثل أن هتق الرقيق ، وأسلم الكافر ، وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، عاد حقهم من الحضانة ﴾ .

لأن سببها قائم ، وإنما امتنعت للمانع ، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق للملازم ، كالزوجة إذا طلقت فإنه يعود حقها من الحضانة ، كذلك هذا . وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة والمزني قالا : إن كان رجعيًا لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبه ما لو كانت في صلب النكاح . وإنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن .

قولهم : هي زوجة .

قلنا : إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن . ويخرج لنا مثل قولها لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج .

## (فصل)

٨٣٥٥

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعقوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه . فإن كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائيه عنهما ، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره لهما . فأما الجارية فليس لها الانفراد ، ولأبيها من معها منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها . فإن لم يكن لها أب قام أولياؤها مقامه .

٨٣٥٦

﴿مسألة﴾

قال : ﴿ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق ، وعنه الأم أحق ، فإن اختل شرط منها فالقيم منهما أحق ﴾ .  
وجملة ذلك : أن أحد الأبوين إذا أراد السفر لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ، فالقيم أولى بالحضانة ، لأن في المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان منقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً ، أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفاً ، فالقيم أحق به ، لأن في السفر به خطراً . ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه لأن فيه تضرراً به ، وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمناً وطريقه آمن فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنقل ، فإن كان بين البلدين قرب بحيث يرام الأب كل يوم ويرويه فتكون الأم على حضانتها . وقال القاضى : إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن ذلك في حكم الإقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا ، ولأن مراعاة الأب له ممكنة . والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه .

قال شيخنا : وهو أولى ، لأن البعد الذى يبعده من رويته يبعده من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله ، فأشبهه مسافة القصر . وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : أن الأم أحق ، لأنها أتم شفقة أشبه ما لو لم يسافر واحد منهما . وقال أصحاب الرأى : إن انتقل الأب فالأم أحق به . ولذلك إن انتقلت الأم إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهي أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق . وحكى عن أبى حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهي أحق ، لأن في البلد يمكن تعليمه وتخريجهم .

ولنا : أنه اختلف مسكن الأبوين فمكان الأب أحق ، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية ، أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح . وما ذكرناه لا يصح ، لأن الأب في العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجهم وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن في بلده ضاع ، فأشبه ما لو كان في قرية ، وإن انتقل جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها ، وكذلك إن أخذ الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها . وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها . وغير الأب من عصابات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة .

(فصل)

٨٣٥٧

وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما ، إذا لم يكن معتموفاً ، وتنازعا فيه ، فن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلى وشريح ، وهو مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة



وما لك : لا يختار . قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ولبس بنفسه واستنجد بنفسه فالأب أحق به . وقال مالك : الأم أحق به حق بشعر . وأما التخيير : فلا يصح ، فإن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلمب عنده ويترك تأديبه ويمكن من شهواته فيؤدى إلى إفساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يختار كن دون السبع . ولنا : ما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد والشافعي .

وفي لفظ عن أبي هريرة قال : « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت . فأخذ بيد أمه فانطلقت به » رواه أبو داود . ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر « أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد . وروى عن عمارة الحمري أنه قال : خبرني على بين عمي وأمي وكنت ابن سبيع أو ثمان . وروى نحو ذلك عن أبي هريرة .

وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعاً . ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكبر . واعتبرنا الشفقة بمظنها إذ لم يكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده ، قال إلى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك . وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشارع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، ولأنها أعرف بذلك وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجع باختياره .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٣٥٨

قال : « فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً ، وإن اختار أمه كان عندها ليلاً وعند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤديه » .

إذا اختار الغلام أباه كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، لأن مقعده ذلك إغراء بالمعوق وقطيعة الرحم ، وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن اختار الأم كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة ، لأن القصد حظ الغلام ، وحظه فيما ذكرنا .

## ( فصل )

٨٣٥٩

وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً

أو أنثى ، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده ، فشئى ولده إليه أولى ، فأما في حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة ، وستر الجارية أولى ، لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

﴿ مسألة ﴾

٨٣٦٠

قال : ﴿ فإن عاد فاختر الآخر نقل إليه ، فإن عاد فاختر الأول رد إليه ﴾ .

هكذا أبدأ كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه ، فانبع ما يشتهي كما يتبع ما يشتهي في الماء كولد والمشروب . وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت ، وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما .

﴿ مسألة ﴾

٨٣٦١

قال : ﴿ فإن لم يختار أحدهما أفرع بينهما ﴾ .

لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضائته ، فيقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بهائم اختار الآخر نقل إليه ، لأننا قدمنا اختياره الثاني على الأول ، فعلى القرعة التي هي بدل أولى .

﴿ مسألة ﴾

٨٣٦٢

قال : ﴿ وإذا استوى اثنان في الحضانة كالأختين قدم أحدهما بالقرعة لما ذكرنا ﴾ .

( فصل )

٨٣٦٣

فإن كان الأب معدوماً ، أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الإمام بينه وبين أمه ، لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الحزبي بين أمه وعمه ، ولأنه عصبة فأشبهه الأب ، وكذلك إن كانت الأم معدومة أو من غير أهل الحضانة فحضرته الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات . فإن كان الأبوان معدومين ، أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته أو عمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصباته للمعنى المذكور في الأبوين . فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما ، فقال القاضي : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ، ونفقته في بيت المال ، ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

( فصل )

٨٣٦٤

ولما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة . فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم

وتعين الآخر .

والثاني : أن لا يكون الغلام معتوهاً ، فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير ، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه . ولو خير الصبي فاختر أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره ، لأنه إنما خير حين استقل بنفسه ، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصلحته كما في حال طفوليته .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٣٦٥

قال : ﴿ وإذا بلغت الجارية سبع سنين كانت عند أبيها ، ولا تمنع الأم زيارتها وتمريضها . وقال الشافعي : تخير كما يخير الغلام ﴾ .

لأن كل سن خير فيه الغلام خیرت فيه الجارية كالبلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض . وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية أن الأم أحق بها حتى تحيض . وقال مالك : الأم أحق بها حتى تزوج ويدخل بها الزوج ، لأنه لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها ، فكانت أحق بها كما قبل السبع .

ولنا : أن الغرض بالحضانة الحفظ ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها ، لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أحق بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهي بنت سبع . وإنما تخطب الجارية من أبيها ، لأنه وليها والمالك تزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث ، فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كعاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها وإجبارها بخلاف مسائلنا . ولا يصح قياس ما قبل السبع على ما بعدها لما ذكرنا في دليلنا ، والله أعلم .

## ( فصل )

٨٣٦٦

وإذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً ، فإن تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر ، من غير أن يخلو الزوج بأמהا ، ولا يطيل ولا ينسبط ، لأن القرعة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر . وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيتها .

آخر الباب ، والحمد لله رب العالمين .

## كتاب الشهادات

والأصل في الشهادات الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمبرة .

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ( وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ يَمْنَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ <sup>(١)</sup> ) وقال تعالى ( وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ <sup>(٢)</sup> ) ( وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ <sup>(٣)</sup> ) .

وأما السنة: فماروى واثل بن حجر قال: « جاء رجل من حضرموت ، ورجل من كنفدة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي . فقال الكنفدي: هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة ؟ قال: لا ، قال: فلك يمينه . قال يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء . قال: ليس لك منه إلا ذلك . قال: فانطلق الرجل ليحلف له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر أن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح .

وروى محمد بن عبد الله العزمي <sup>(٤)</sup> عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال ، والعزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ، ضعفه ابن المبارك وغيره ، إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا . قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها ، قال شريح: القضاء جبر فنهك عنك بمودين ، يعنى الشاهدين ، وإنما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ للشفاء على الداء .

(فصل)

٨٣٦٧

وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية ، لقول الله تعالى ( وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ) <sup>(٥)</sup>

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) في نسخ للفنى ( محمد بن عبد الله العزمي ) والصواب كما في الترمذي ج ١ ص ٢٥١ ( محمد بن عبيد الله العزمي ) فأبوه ( عبيد الله ) لا ( عبد الله ) ، ولقبه ( العزمي ) بتقديم الزاء على الزاى وله ترجمة في خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٣٥٠ (ف)

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

وقال تعالى: (وَلَا تَكْفُرُوا بِالْشَّهَادَةِ، وَمَنْ يَكْفُرْ بِهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ)<sup>(١)</sup> وإنما خص القلب بالإثم لأنه موضع العلم بها، ولأن الشهادة أمانة، فلزم أداؤها كسائر الأمانات.

إذا ثبت هذا: فإن دعى إلى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الإجابة، وإن كانت عنده شهادة فدعى إلى أدائها لزمه ذلك، فإن قام بالفرض في التحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجميع، وإن امتنع الكل أنعموا. وإنما بآثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الأداء، أو كان ممن لا تقبل شهادته، أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها، لم يلزمه، لقول الله تعالى (وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ)<sup>(٢)</sup> وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» ولا أنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره. وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه، لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه. وهل بآثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه؟ فيه وجهان:

أحدهما: بآثم، لأنه قد تعين بدعائه، ولا أنه منهي عن الامتناع بقوله (ولا يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا). والثاني: لا بآثم، لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها، فأما قول الله تعالى (وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ)<sup>(٣)</sup> فقد قرئ بالفتح والرفع، فمن رفع فهو خبر معناه النهي، ويحتمل معنيين: أحدهما: أن يكون الكاتب<sup>(٤)</sup> فاعلا أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجيب، أو يكتب ما لم يستكتب، أو يشهد ما لم يستشهد به.

والثاني: أن يكون يضار<sup>(٥)</sup> فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه وممنى الفتح واحداً، أي لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شغلها بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما. واشتقاق الشهادة من المشاهدة، لأن الشاهد يخبر عما يشاهده، وقيل: لأن الشاهد يخبره جعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه، وتسمى بينة، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه.

﴿مسألة﴾

٨٣٦٨

قال ﴿ولا يقبل في الزنا إلا أربعة رجال عدول أحرار مسلمين﴾.

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) فيكون الأصل (لا يضار) بكسر الراء الأولى فأدغمت الراء في الراء والمعنى على هذا نهى الكاتب والشهيد أن يضر أحد المتعاملين بعدم الإجابة أو بالتعريف والتغيير ونحو ذلك (ف)

(٥) فيكون الأصل (لا يضار) بفتح الراء الاولى فأدغمت الراء في الراء، والمعنى على هذا نهى المتعاملين أن يضر الكاتب أو الشهيد بدعوتهم إلى ذلك وهما مشغولان بهم لها فيكلفان تركه (ف)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود . وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، فَاذْنُ لَهُمْ بِالْشَّهَادَةِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ) <sup>(١)</sup> في آى سواها .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أربعة وإلا حد في ظهرك » <sup>(٢)</sup> في أخبار سوى هذا . وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهرا وباطنا ، وسواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا ، وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا ، فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وشذ أبو ثور . فقال : تقبل فيه شهادة العبيد . وحكى عن عطاء وحماهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، لأنه نقص واحد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان كالأموال .

ولما : ظاهر الآية ، وأن العبد يختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد ، لأنه بالشبهات يندرى ، ولا يصلح قياس هذا على الأموال لخفة حكمها وشدة الحاجة إلى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ، ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال .

### ٨٣٦٩ (فصل)

وفي الإقرار بالزنا روايتان : ذكرهما أبو بكر . وللشافعى فيه قولان :

أحدهما : يثبت بشاهد بن قياسا على سائر الأقارب .  
والثانى : لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا أشبه فعله .

### ٨٣٧٠ ﴿مسألة﴾

قال : ﴿ ولا يقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين ﴾  
وهذا القسم نوعان :

أحدهما : المقوبات وهى الحدود والقصاص ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين ، إلا ما روى عن عطاء وحماهما قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان قياسا على الشهادة في الأموال .

ولما : أن هذا مما يحتاط لحدته وإسقاطه ، ولهذا يندرى بالشبهات ولا تدمر الحاجة إلى إثباته . وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى) <sup>(٣)</sup> وأنه لا تقبل شهادتهن وإن كثرن ما لم يكن معهن رجل ، فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه . ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق ، وبهذا الذى ذكرنا : قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحما والزهرى وربيعه ومالك

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) ورد بلفظ « البينة وإلا حد في ظهرك » أخرجه أبو داود ج ١ ص ٥٢٢

وابن ماجه ج ١ ص ٦٣٧ والنسائى وإسماكم في تمامه لاه ن (ف) (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا ، إلا الحسن فإنه قال : الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا ، لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبه الزنا . ولنا : أنه أحد نوعي القصاص فأشبهه القصاص في الطرف ، وما ذكره من الوصف لا أثر له ، فإن الزنا الموجب للعدل لا يثبت إلا بأربعة ، ولأن حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الإفراز به . ويمتبر في شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة ما يعتبر في شهداء الزنا على ما سنفذ كره .

الثاني : ما ليس بعقوبة كالنكاح ، والرجعة ، والطلاق ، والعتاق ، والإبلاء ، والظهار ، والنسب ، والتوكيل ، والوصية إليه ، والولاء ، والكتابة ، وأشبه هذا ، فقال القاضي : المعمول عليه في المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ، ولا تقبل فيه شهادة للنساء بحال .

وقد نص أحمد في رواية الجماعة على أنه لا تجوز شهادة الذماء في النكاح والطلاق .

وقد نقل عن أحمد في الوكالة إن كانت بمطالبة دين ، يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، فأما غير ذلك فلا . ووجه ذلك : أن الوكالة في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحالة .

قال القاضي : فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة ، وما عداه يخرج على روايتين .

وقال أبو الخطاب : يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان :

إحداها : لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين ، وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق .

والثانية : تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين . روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى ذلك في النكاح عن عطاء ، واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال .

ولنا : أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطاع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص ، وما ذكره لا يصح ، فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح وإن تصور بأن تكون للمرأة مرتابة بالحل لم يصح النكاح .

( فصول )

٨٣٧١

وقد نقل من أحمد رضي الله عنه في الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة لحديث قبيصة بن الحارث

« حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة<sup>(١)</sup> » قال أحمد : هكذا جاء الحديث ، فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل ، فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد .

وقال في الرجل يوصى ولا يحضره إلا النساء ، قال : أجزى شهادة النساء ، فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال .

قال القاضى : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة في حل المسألة لا فى الإعسار .

### ( فصل )

٨٣٧٢

ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فثلاً يثبت بشهادة واحد ويمين أولى . قال أحمد ومالك فى الشاهد واليمين : وإنما يكون ذلك فى الأموال خاصة لا يقع فى حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل .

وقد قال الخرقى : إذا ادعى العبد أن سيده أعنته وأنى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ، ونص عليه أحمد . وقال فى شريكين فى عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعنته حقه منه وكانا معسرين عدلين ، فلمعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ، فيخرج مثل هذا فى الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون فى الجميع روايتان . ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه ، فإنها لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً .

قال القاضى : للعمول عليه فى جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت إلا بشاهدين ، وهو قول الشافعى . وروى الدارقطنى بإسناده عن أبى سلمة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « استشرت جبريل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علىّ فى الأموال لا تعد ذلك »<sup>(٢)</sup> . وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم فى الأموال » وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد وغيره بإسنادهم .

(١) نص الحديث عن أبى بشر قبيصة بن المخارق رضى الله عنه قال : تحملت حمالة فأنثت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال : أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ثم قال : يا قبيصة ، إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش فما سواه من المسألة يا قبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتاً » رواه مسلم وأبو داود والنسائى ( ف )

(٢) قال الشوكانى فى نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٨٤ « إسناده ضعيف » . ( ف )



٨٣٧٣

﴿مسألة﴾

قال : ﴿ ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ، ورجل عدل مع يمين الطالب ﴾

وجملة ذلك : أن المال كالقرض والنصب والديون كلها ، وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساواة والمضاربة والشركة والوصية له ، والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص ، كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج ، تثبت بشهادة رجل وامرأتين . وقال أبو بكر : لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص ، والأول أصح لأن موجبها المال فأشبهت البيع ، وفارق ما يوجب القصاص ، لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء ، وكذلك ما يوجب . والمال يثبت بشهادة للنساء ، وكذلك ما يوجب . ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ - إِلَى قَوْلِهِ - وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ <sup>(١)</sup> ) وأجمع أهل العلم على القول به . وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه .

٨٣٧٤

(فصل)

وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين . روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي . وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والأوزاعي : لا يقضى بشاهد ويمين . وقال محمد بن الحسن : من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه ، لأن الله تعالى قال ( وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ <sup>(٢)</sup> ) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص ، والزيادة في النص نسخ ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » فحصر اليمين في جانب المدعى عليه ، كما حصر البينة في جانب المدعى .

ولنا : ما روى سميل عن أبيه عن أبي هريرة قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد » رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . وفي الباب <sup>(٣)</sup> عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي : إسناد حديث ابن عباس

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٣) هكذا بالأصل

في اليمين مع الشاهد إسناد جيد ، ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنسكرك لقوة جنبته ، فإن الأصل براءة ذمته واللدعى هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا .

وقولهم : إن الزيادة في النص نسخ ، غير صحيح ، لأن النسخ الرفع والإزالة ، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع ، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ، ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالزيادة عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً ، وكذلك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة في التحمل دون الأداء ، ولهذا قال ( أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى )<sup>(١)</sup> والنزاع في الأداء وحديثهم ضعيف ، وليس هو للعصر ، بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها ، وفي حق الأمانة لظهور جنائيتهم ، وفي حق الملاحن ، وفي القسامة . وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلمة قائمة . وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى : ( فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحْسِنُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا )<sup>(٢)</sup> والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

### ( فصل )

٨٣٧٥

قال القاضي : يجوز أن يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه ، مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان ، وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره ، أو يجد في رزمانج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ، ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به . ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يزل أنه يشهد به ، وبهذا قال الشافعي . والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة لغيرة ، فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ، ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه ، لأن الحق إنما هو للحالف ، فلا يزور أحد عليه .

الثاني : أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فيمنى بمضه بخلاف الشهادة .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٢) سورة النساء آية ٦٥ .

٨٣٧٦

(فصل)

وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين ، فلا فرق بين كون المدعى مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، رجلاً أو امرأة ، نص عليه أحمد ، لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالنكر إذا لم تكن بيينة .

٨٣٧٧

(فصل)

قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبي أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي ، ويروى عن أحمد ، فإن أبي المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

٨٣٧٨

(فصل)

ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : يقبل ذلك في الأموال ، لأنهما في الأموال أقيمتا مقام الرجل لحلف معهما كما يحلف مع الرجل .

ولنا : أن البيينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل ، كما لو شهد أربع نسوة . وما ذكروه يبطل بهذه الصورة ، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ، ولتقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل ، واليمين ضعيفة فيضم ضعف إلى ضعيف فلا يقبل .

٨٣٧٩

(فصل)

إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه ، وأقام بذلك شاهداً ، وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان ، وجب له المال المشهود به إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً ، ولا يجب القطع ، لأن هذه حجة في المال دون القطع ، وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية .

والفرق بين المسألتين أن المارقة توجب القطع والغرم معاً ، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر . وللقتل العمد موجه القصاص عيناً في إحدى الروايتين ، والدية بدل عنه ولا يجب البديل ما لم يوجد المبدل .

وفي الرواية الأخرى الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار أو التمذر ولم يوجد واحد منهما .

وقال ابن أبي موسى : لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين ، لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال ، فإذا بطلت في أحدهما بطلت في الأخرى . والأول أولى لما ذكرناه .

وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام

بذلك شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، ثبت قتل الثانى لأنه خطأ موجب المال ، ولم يثبت قتل الأول لأنه عمد موجب القصاص ، فمهما كالجنايتين المقتزتين ، وعلى قول أبى بكر لا يثبت شيء منهما ، لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين ، سواء كان موجبها المال أو غيره .  
ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا ، لحلف بالطلاق والعقاق ما سرق منه ولا غصبه ، فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمنصوب ، لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ، ولم يثبت طلاق ولا عقاق ، لأن هذه البينة حجة فى المال دون الطلاق والعقاق . وظاهر مذهب الشافعى فى هذا الفصل كذهبننا ، إلا سيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا .

## (فصل)

٨٣٨٠

ولو ادعى جارية فى يد رجل أنها أم ولده ، وأن ابنها ابنه منها ولد فى ماسكه ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده حكم له بالجارية ، لأن أم الولد مملوكة له ، ولهذا يملك وطأها وإجارتها وتزويجها ، ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره ، لأن إقراره ينفذ فى ماسكه ، والملك يثبت بالشاهد والمرأتين ، والشاهد واليمين ، ولا يحكم له بالولد ، لأنه يدعى نسبه ، والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حرقة أيضاً . فعلى هذا يقر الولد فى يد المنكر مملوكاً له ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يأخذها وولدها ويكون ابنه ، لأن من ثبتت له اليمين ثبت له نساؤها ، والولد نساؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولى الشافعى .

ولنا : أنه لم يدع الولد ملكاً وإنما يدعى حرقة ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقىان على ما كانا عليه .

## (فصل)

٨٣٨١

وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فأنكرت ، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين ، أو بيمين المدعى ، لأنه يدعى المال الذى خالعت به ، وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين ، لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ، ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة .

## ﴿مسألة﴾

٨٣٨٢

قال : ﴿ويقبل فيما لا يطاع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل﴾

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة .

قال القاضي : والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة ، والاستهلال ، والرضاع ، والعيوب تحت الثياب ، كالرتق ، والقرن ، والبكارة ، والثيابة ، والبرص ، وانقضاء العدة . وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع ، لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال ، فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

وناب : ما روى عتبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فأتت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فأعرض عني ، ثم أثبتته فقلت : يا رسول الله إنها كاذبة قال : كيف وقد زعمت ذلك » <sup>(١)</sup> متفق عليه . ولأنها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ، وتحالف العقد فإنه ليس بعورة .

وحكى عن أبي حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال ، لأنه يكون بعد الولادة ، وخالفه أصحابه وأكثر أهل العلم ، لأنه يكون حال الولادة فيتمذر حضور الرجال ، فأشبهه الولادة نفسها . وقد روى عن علي رحمه الله أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال . رواه الإمام أحمد وسعيد ابن منصور ، إلا أنه من حديث جابر الجعفي . وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحامد .

### (فصل)

٨٣٨٣

إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة . وقال طاوس : تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء . وعن أحمد رواية أخرى : لا تقبل فيه إلا امرأتان ، وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، وإليه ذهب مالك والثوري ، لأن كل جنس يثبت به الحق كفي فيه اثنتان كالرجال ، ولأن الرجال أكل منهن عقلاً ، ولا يقبل منهم إلا اثنتان . وقال عثمان البتي : يسكني ثلاث ، لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع ، لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « شهادة امرأتين بشهادة رجل » <sup>(٢)</sup> .

(١) الحديث رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي والنسائي ولم يروه مسلم ، فلا يصح قول ابن قدامة متفق عليه . قال الحافظ في الدراية ج ٤ ص ٦ « وممن ذكر هذا الحديث في المتنق »

واسم أم يحيى غنية بفتح الغين وكسر النون وتشديد الياء وقيل زينب (ف)

(٢) هو بعض حديث أخرجه البخاري ج ١ ص ٨٣ ومسلم ج ١ ص ٨٦ ، ٨٧ ولفظه « عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإنني رأيتكن أكثر أهل »

ولنا : ما روى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجات أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فجئت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك ، فأعرض عني ، ثم ذكرت له ذلك ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه .

وروى حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة المقابلة . ذكره الفقهاء في كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يجزى في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء للمفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات . وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « شهادة امرأتين بشهادة رجل في اللوضع الذي تشهد فيه مع الرجل » .

### ( فصل )

٨٣٨٤

فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تقبل شهادته وحده ، لأنه أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها فلا ينكح به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٣٨٥

قال : « ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد ، لا يسمعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك » .

وجلتته : أن أداء الشهادة من فروض الكفايات ، فإن تعيقت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها ، وإن قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أئتموا كلهم كسائر فروض الكفايات . ودليل وجوبها قول الله تعالى : ( وَلَا تَكْفُرُوا بِالْشَّهَادَةِ وَمَنْ يَكْفُرْ بِهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ )<sup>(١)</sup> ، وقوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا )<sup>(٢)</sup> ، وفي الآية الأخرى : ( كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَى أَنْ لَا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى )<sup>(٣)</sup> ، ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها عند طلبه كالوديعة ، ولقوله تعالى : ( إِنَّ اللَّهَ

النار ، فقالت امرأة منهن جزلة : وما لنا يارسول الله أكثر أهل النار قال : تكثرون اللعن وتكفرون العشير ، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدى لب منكن ، قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل والدين ؟ قال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل ، وتحمكت الليالي ما تصلى وتطهر في رمضان فهذا نقصان الدين » . ( ف )

(٢) سورة النساء آية ١٣٥

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣

(٣) سورة المائدة آية ٨

يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا <sup>(١)</sup> ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِقَامَتِهَا أَوْ تَضَرَّرَ بِهَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ( وَلَا يَضَارُّكَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ) <sup>(٢)</sup> .

(فصل - ل)

٨٣٨٦

ومن له كفاية فليس له أخذ الجمل على الشهادة ، لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضاً ، وإن لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذه ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية . فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين . وإن تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضاً ، واحتمل أن لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه ، وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين .

﴿ مسألة ﴾

٨٣٨٧

قال : ﴿ وما أدركه من الفعل نظراً ، أو سمعه تيقناً وإن لم ير المشهود عليه شهد به ﴾ .  
وجملة ذلك : أن الشهادة لا يجوز إلا بما علمه بدليل قوله تعالى : ( إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ) <sup>(٣)</sup> وقوله تعالى : ( وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً ) <sup>(٤)</sup> وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالثبوت وهو يستند إلى السمع والبصر ، ولأن مدرك الشهادة الرؤية والسمع وما بالبصر والسمع .

وروى عن ابن عباس أنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة ، قال : هل ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد أو دعه » رواه الخلال في الجامع <sup>(٥)</sup> بإسناده .  
إذا ثبت هذا : فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان : الرؤية والسمع ، وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب . فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال كالنصب والإتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال . وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في المبيع ونحوها ، فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية ، لأنه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك . وأما السماع فنوعان :

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(١) سورة النساء آية ٥٨

(٣) سورة الزخرف آية ٨٦ (٤) سورة الإسراء آية ٣٦

(٥) أخرجه أيضاً العقيلي والحاكم وأبو نعيم في الحلية وابن عدى والبيهقي من حديث طاوس عن ابن عباس وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي في مختصره فقال : بل هو حديث واه فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد (ف)

أحدهما : من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والإجارة وغيرهما من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين . ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما . وبهذا قال ابن عباس والزهرى وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبى ليل ومالك .

وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه . لأن الأصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخبط .

ولنا : أنه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كالوراء ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور . وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسمع يقيناً . وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى ، ورواية من روى عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محارمهن .

وأما النوع الثانى : فسنذكره إن شاء الله تعالى فى المسألة التى تلى هذا .

#### (فصل)

٨٣٨٨

إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً . وإن لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته ، وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه ، نص عليه أحمد ، قال مهنا : سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له ، فقال : إذا قال أشهد أن لهذا على هذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس ، وإن كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

#### (فصل)

٨٣٨٩

والمرأة كالرجل فى أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها من غيبتها . وإن لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها . قال أحمد فى رواية الجماعة : لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف ، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها . وإن كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد وإلا فلا يشهد . فأما إن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها . ويجوز أن يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر إلى وجهها .

قال أحمد : ولا يشهد على امرأة حتى ينظر إلى وجهها ، وهذا محمول على الشهادة على من يتيقن معرفتها ، فأما من يتيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه فى المسألة قبلها ، فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه . فقد روى عن أحمد أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها ، وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على



شهادته . وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره . وقال القاضى : يجوز أن يحمل هذا على الاستعجاب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة . وظاهر قوله المنع منه .

وقال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها ، وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها إلا بإذن زوجها ، لما روى عمرو بن العاص قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن » رواه أحمد في مسنده ، فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجازة . لأن إقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح ، فجاز أن يشهد عليها به .

٨٣٩٠ (فصل)

وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز له أن يشهد بذلك ؟ فيه روايتان : إحداهما : لا يجوز أن يشهد بها . قال أحمد في رواية حرب : فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة ، قال : لا يشهد إلا بما يعلم . وقال في رواية غيره : يشهد إذا عرف خطه ، وكيف تكون الشهادة إلا هكذا ؟ وقال في موضع آخر : إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ . وقال أيضاً : إذا كان ردى . الحنفى فيشهد ويكتبها عنده ، وهذه رواية ثالثة : وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ، ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضى في إحدى الروايتين : إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ، ولا يعضيه إذا لم يكن كذلك .

٨٣٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به ، كالشهادة على النسب والولادة ﴾ . هذا النوع الثانى من السماع ، وهو ما يعلمه بالاستفاضة . وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة . قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحال معرفة الشهادة به ، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ، ولو اهتمرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه . وقال : قال الله تعالى : ( يَمْزِجُ بَيْنَهُنَّ كَمَا يَعْرِفُونَ آبَاءَهُنَّ ) .

واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة ، فقال أصحابنا : هو تسعة أشياء : النكاح ، والملك المطلق ، والوقف ، ومصرفه ، والموت ، والعتق ، والولاء ، والولاية ، والعزل . وبهذا قال أبو سعيد الأصبغى وبعض أصحاب الشافعى . وقال بعضهم : لا تجوز في الوقف والولاء والعتق

والزوجية . لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع ، فإنها شهادة بعقد فأشبهه سائر العقود . وقال أبو حنيفة : لا تقبل إلا فى النكاح والموت . ولا تقبل فى الملك المطلق ، لأنها شهادة بمال أشبه الدين . وقال صاحباه : يقبل فى الولاء مثل حكرمة مولى ابن عباس .

ولنا : أن هذه الأشياء تتمذر الشهادة عليها فى الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب . قال مالك : ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بالسماع . وقال مالك : السماع فى الأحباس والولاء جائز . وقال أحمد فى رواية المروذى : أشهد أن دار بختان لبختان . وإن لم يشهدك . وقيل له : تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح ؟ فقل : نعم إذا كان مستفيضاً ، فأشهد أقول إن فاطمة ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن خديجة وعائشة زوجاه ، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة .

فإن قيل : يمكنه العلم فى هذه الأشياء بمشاهدة السبب .

قلنا : وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً ، فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع ، ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وإن تصور ذلك فهو نادر ، وقول أصحاب الشافعى : تمكن الشهادة فى الوقف باللفظ لا يصح ، لأن الشهادة ليست بالعقود هاهنا . وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعمد ، فهو بمنزلة الملك . وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد . وكذلك الحرية والولاء . وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن انتفاع بالملك ، لأنها مترتبة على الملك ، فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كمالك سواء . قال مالك : ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على السماع .

إذا ثبت هذا : فسلام أحمد والخرق : يقتضى أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار ، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، لقول الخرق : فيما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى القلب ، يعنى حصل العلم به . وذكر القاضى فى الجرد أنه يكفى أن يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين ، وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعى . والقول الأول : هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لسكثرتة ، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط فى الشهادة على الشهادة ، وإنما اكتفى بمجرد السماع .

(فصل)

٨٣٩٢

فإن كان فى يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والمدايم والبناء ، قال أبو عبد الله بن حاتم : يجوز أن يشهد له بملكها ، وهو قول

أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي . قال القاضي : ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهدته من الملك واليد والتصرف ، لأن اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون بإجارة وإعارة وغصب ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

ووجه الأول أن اليد دليل الملك ، واستمرارها من غير منازع يقويها ، فجزت بحري الاستفادة فجاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها عن غصب أو إجارة يمارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعاً كما لو شاهد سبب اليد ، فإن احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا هاهنا .

فإن قيل : فإذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم .

قلنا : الظن يسمى علماً . قال الله تعالى : (فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ) <sup>(١)</sup> ولا سبيل إلى العلم اليقيني هاهنا فجازت بالظن .

### (فصل)

٨٣٩٣

وإذا سمع رجلاً يقول لصبي : هذا ابني جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه ، وإن سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت ، جاز أن يشهد أيضاً . لأن سكوت الأب إقرار له ، والإقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به . وإنما أقيم السكوت هاهنا مقام الإقرار ، لأن الإقرار على الانساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى . ولأن النسب يغاب فيه الإثبات ، ألا ترى أنه يباحق بالإمكان في النكاح ؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر ، لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي وإنما أقيم مقامه ، فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار .

### (فصل)

٨٣٩٤

وإذا شهد عدلان أن فلاناً مات وخلف من الورثة فلاناً وفلاناً . لانعلم له وارثاً غيرهما ، قبلت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والحنبري . وقال ابن أبي ليلى : لا تقبل حتى يبينوا أنه لا وارث له سواهما .

ولنا : أن هذا مما لا يمكن علمه ، فيسكت فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر . قال أبو الخطاب : سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة ، لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه ، بخلاف أهل الخبرة الباطنة ، فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر

لم يخف عليهم ، وهذا قول الشافعى . فأما إن قالوا : لانعلم له وارثا بهذه البلدة أو بأرض كذا وكذا لم تقبل ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى به كما لو قالوا : لانعلم له وارثا ، وذكر ذلك مذهبا لأحمد أيضا .

ولنا : أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث ، لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له فى تلك الأرض ، ويعلمان له وارثا فى غيرها فلم تقبل شهادتهما ، كما لو قالوا : لانعلم له وارثا فى هذا البيت .

﴿مسألة﴾

٨٣٩٥

قال : ( من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلما بالفا عدلا ، لم تجز شهادته ) .  
وجملته : أن يعتبر فى الشاهد سبعة شروط :

أحدها : أن يكون عاقلا ، ولا تقبل شهادة من ليس بعقل إجماعا ، قاله ابن المنذر . وسواء ذهب عقله بمجنون أو سكر أو طفولية ، وذلك لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ، ولأنه لا يأنم بكذبه ولا يتعزز منه .

الثانى : أن يكون مسلما . ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى .

الثالث : أن يكون بالفا ، فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال . يروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن شهادتهم تقبل فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التى تجارحوها عليها ، وهذا قول مالك ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا .

قال ابن الزبير : إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يعقلوا ويحفظوا .  
وعن الزهرى أن شهادتهم جائزة ، ويستحلف أولياء المشجوع ، وذكره عن مروان .  
وروى عن أحمد رواية ثالثة أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر . قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم فى غير الحدود والقصاص كالمبيد .

وروى عن على رضي الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروى ذلك عن شريح والحسن والنعيمى . قال إبراهيم : كانوا يميزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم . قال المغيرة : وكان أصحابنا لا يميزون شهادتهم على رجل ولا على عبد .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال : كنا عند على فجاءه خمسة غلّة فقالوا إنا كنا غلّة تغلط<sup>(١)</sup>

(١) يقال : تغلط الرجلان فى الماء أى غمس كل واحد صاحبه فيه (ف).

ففرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الإثنين أنهما غرقاه ، وشهد الإثنين على الثلاثة أنهم غرقوه ، فجعل<sup>٤١</sup> على الإثنين ثلاثة أحاس الدية ، وجعل على الثلاثة خمسيها . وقضى بنحو هذا مسروق . والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى ( وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ<sup>(١)</sup> ) وقال ( وَاشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ<sup>(٢)</sup> ) وقال ( مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ<sup>(٣)</sup> ) والصبي ممن لا يرضى . وقال ( وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ<sup>(٤)</sup> ) فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم ، والصبي لا يأثم ، فيدل على أنه ليس بشاهد ، ولأن الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ، ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجهون .

بحق هذا أن الإقرار أوسع ، لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمسرأ ولا تصح الشهادة منهم ، ولأن من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ، ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون .

الشرط الرابع : العدالة ، لقول الله تعالى : ( وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ<sup>(٥)</sup> ) ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ، ولقول الله تعالى : ( إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا<sup>(٦)</sup> ) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق ، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائفة » ، ولا محدود في الإسلام ، ولا ذى غمر على أخيه<sup>(٧)</sup> . رواه أبو عبيد . وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائفة أمانات الناس ، بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره . قال الله تعالى : ( إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ<sup>(٨)</sup> ) الآية .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) سورة البقرة آية ٢٨٣ (٥) سورة الطلاق آية ٢ (٦) سورة الحجرات آية ٦

(٧) عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله ﷺ : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائفة ولا ذى غمر على أخيه » ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت — والقانع الذى ينفق عليه أهل البيت . رواه أحمد وأبو داود — وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائن ولا خائفة ولا مجلود حداً ولا مجلode ولا ذى غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع بأهل البيت لهم ولا ظنين في ولاء ولا قرابة قال الفزارى — أحد رواة الحديث — القانع : التابع » ج ٢ ص ٤٨ من سنن الترمذى ، قال أبو داود : الغمر : الشحنة . ومثله في الدارقطنى ج ٢ ص ٥٢٩ (ف) .

(٨) سورة الأحزاب آية ٧٢

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا يؤمر رجل بغير الدول ، ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره .

إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان :

أحدهما : من جهت الأفعال فلا نعلم خلافاً في رد شهادته .

والثاني : من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً ، وبه قال مالك وشريك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال شريك : أربعة لا تجوز شهادتهم : ( رافضى ) يزعم أن له إماماً مفترضة طاعته ( وخارجى ) يزعم أن الدنيا دار حرب ( وقدرى ) يزعم أن المشيئة إليه ( ومرجى ) ورد شهادة بعتوب وقال : ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الإيمان ؟

وقال أبو حامد من أصحاب الشافعى : المختلفون على ثلاثة أضرب :

ضرب اختلافوا في الفروع ، فهؤلاء لا يفتقون بذلك ولا ترد شهادتهم ، وقد اختلف الصعابة في الفروع ومن بدمهم من التابين .

الثاني : من نفسه ولا نكفره ، وهو من سب القرابة كالخوارج ، أو سب الصعابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك .

الثالث : من نكفره ، وهو من قال بخاق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة .

وذكر القاضى أبو بلى : مثل هذا سواء . قال : وقال أحد : ماتمجبى شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المطلنة .

وظاهر قول الشافعى وابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء .

وأجاز سوار شهادة ناس من بنى العنبر ممن يرى الاعتزال . قال الشافعى : إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية<sup>(١)</sup> ، وهم أصحاب أبى الخطاب يشهد بعضهم لبعض بقصديقه .

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام ، أشبه الاختلاف في الفروع ،

(١) الخطابية : أتباع أبى الخطاب محمد بن أبى زينب مولى لبنى أسد ، قالوا إن ولد الحسين وشيعتهم أبناء الله وأجأوه ويستحلون شهادة الزور لمن وافقهم في دينهم على من خالفهم في الأموال والدماء والفروج ويقولون إن دمائهم وأموالهم ونساءهم لهم حلال حيث كانوا مخالفين لهم ، وقد خرج أبو الخطاب على والى الكوفة أيام أبى جعفر المنصور فبعث عسكرياً إليه فأسروه وأمر بصلبه في كنيسة الكوفة فقتله عيسى بن موسى . انظر رسالة الحور العين ص ١٦٦ والتبصير في الدين ص ٧٤ (ف) .

ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ، ولم يرتكبوه عاينين بتعريضه بخلاف فسق الأفعال .

قال أبو الخطاب : ويقخرج على قبول شهادة أهل الذمة بمضهم على بعض أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به ، وقد روى عن أحمد جواز الرواية عن القدرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

ولنا : أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته الآية وللعنى .

للشرط الخامس : أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به ، فإن كان مغفلاً أو معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته .

للشرط السادس : أن يكون ذا مروءة

للشرط السابع : انتفاء الموانع .

وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى .

( فصل )

٨٣٩٦

ظاهر كلام الخرق أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية ، وشهادة أهل القرية على البدوى صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط ، وهو قول ابن سيرين وأبي حنيفة والشافعى وأبي ثور ، واختاره أبو الخطاب .

وقال الإمام أحمد : أخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية ، فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته ، وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبي عبيد . وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح ، وكقول الباقيين في الجراح احتياطاً للدماء . واحتج أصحابنا بما روى أبو داود في سننه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية <sup>(١)</sup> » ولأنه منهم حيث عدل عن أن يشهد قروياً وأشهد بدوياً . قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء في الدين .

ولنا : أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ، ويحمل الحديث

(١) أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٢٧٥ وكذلك ابن ماجه ج ٢ ص ٦٦ قال الخطابي : إنما لا تقبل شهادة البدوى لجهااتهم بأحكام الشرع وبكيفية تحمل الشهادة وأدائها بغير زيادة وتقصان — وهذا التعليل غير سليم لأن الجهاالة إن كانت هي العلة لم يكن للتخصيص في قوله ( على صاحب قرية ) فائدة (ف) .

على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ، ونخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته .

٨٣٩٧

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والعدل من لم تظهر منه ريبة ، وهذا قول إبراهيم النخعي وإسحاق ﴾ .

وجملته : أن العدل هو الذى تمتدل أحواله فى دينه وأفعاله . قال القاضى : يكون ذلك فى الدين والمروءة والأحكام . أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة ، فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة للقاذف ، فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ، ولا يخرج من العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى ( الَّذِينَ يَحْتَضِرُونَ كِبَاءً لَا يُلْمُونَ إِلَّا نَفْسَهُمُ وَالْقَوْمَ الَّذِينَ كَانُوا بِغِيظِهِمْ لَا يَنصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيُعَذِّبُ اللَّهُ النَّاسَ كُلَّهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ ذَكِيمٌ ) (١) قيل : اللهم صفار الذنوب ، ولأن التحرز منها غير ممكن . جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (٢) :

إن تغفر اللهم تغفر جماً وأى عبد لك لا أماناً ؟

أى لم يلم ، فإن لا مع الماضى بمنزلة لم مع المستقبل .

وقيل : اللهم أن يلم بالذنوب ثم لا يعود فيه . والكبائر كل معصية فيها حد ، والإشراك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، وشهادة الزور ، وعقوق الوالدين .

وروى أبو بكر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الإشراك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، وعقوق الوالدين - وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور ، وقول الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت » متفق عليه .

(١) سورة النجم آية ٣٢ .

(٢) أخرج هذا الحديث الحاكم والترمذى عن ابن عباس ج ٢ ص ٢٢٤ ، ج ١٢ ص ١٧٣ بشرح ابن العربى قال الترمذى عقبه عند قوله تعالى ( إلا اللهم ) بسورة النجم : « هذا حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث زكريا بن إسحاق وقال للناوى فى فيض القدير ج ٣ ص ٢٩ » وهذا بيت لأمية بن أبى الصلت تمثل به المنصطفى صلى الله عليه وسلم والمحرم عليه إنشاء الشعر لا إنشاده ومعناه إن تغفر ذنوب عبادك فقد غفرت ذنوباً كثيرة فإن جميع عبادك خطاءون » .

وفى خزنة الأدب للبغدادى ج ٢ ص ٢٥٦ قال : إن هذا البيت لأمية بن أبى الصلت قاله عند موته وقد أخذه أبو خراش وضمه إلى بيت آخر وكان يقولها وهو يسمى بين الصفا والروة . وقد تمثل به النبى صلى الله عليه وسلم وصار من جملة الأحاديث « اه (ف) » .



قال أحد : ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ، ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله . وإذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكتيف لا يكون عدلا ، ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين . ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه .

وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة خائن ، ولا خائفة ، ولا مجلود في حد ، ولا ذى غم على أخيه في عداوة ، ولا القاطع لأهل البيت ، ولا مجرب عليه شهادة زور ، ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائفة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذى غم على أخيه »<sup>(١)</sup> .

فأما الصغائر ، فإن كان مصراً عليها ردت شهادته ، وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم إمكان التعرّض منه .

وأما المروءة فاجتناب الأمور الدنيئة المزرية به ، وذلك نوعان : أحدهما : من الأفعال كالأكل في السوق ، بمعنى به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ، ولا معنى به أكل الشيء اليسير كالسكرية ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه ، أو يمد رجله في جمع الناس ، أو يتمسخر بما يضحك الناس به ، أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرها بحضرة الناس بالخطاب الفاحش ، أو يحدث الناس بمباذمته أهله ، ونحو هذا من الأفعال الدنيئة . ففاعل هذا لا تقبل شهادته ، لأن هذا سخي ودناءة ، فنرضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله . قال أحد في رجل شتم بهيمة : قال الصالحون : لا تقبل شهادته حتى يتوب .

وقد روى أبو مسعود البدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : إذا لم تستح فاصنع ما شئت »<sup>(٢)</sup> . يعنى من لم يستح صنع ما شاء ، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ، ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

وقد روى عن أبي سفيان أنه حين سأله قيسر عن النبي صلى الله عليه وسلم وصفته فقال : والله لولا أنى كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يؤمئذ ذا دين ، ولأن الكذب دناءة ، والمروءة تمنع من

(١) هذا الحديث هو الذى رواه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٤ أما الذى قبله فرواه الترمذى ج ٢ ص ٤٨ وفيه ( ولا ظنين ) بالظاء لا بالاضاد ومعناه متهم . والظنين في ولاء هو الذى ينتهى إلى غير مواليه لا تقبل شهادته للثمة كما في نهاية ابن الأثير ج ٣ ص ٥٧ (ف) .

(٢) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود وابن ماجه (ف) .

الدناءة، وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين، ومن فعل شيئاً من هذا مخفياً به لم يمنع من قبول شهادته، لأن مروءته لا نسقط به. وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته، لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قلّ فهذا أولى، ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته.

النوع الثاني: في الصناعات الدينية، كالكساح<sup>(١)</sup> والكفاس لا تقبل شهادتهما، لما روى سعيد في سننه «أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له: إني رجل كفاس، قال أي شيء تكفس؟ الزبل؟ قال: لا قال فالدرة؟ قال: نعم. قال: منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت؟ قال: نعم. قال: الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه»، وعن ابن عباس مثله في الكساح، ولأن هذا دناءة يمتنبه أهل المروءات فأشبهه الذي قبله.

فأما الزبال والقراد<sup>(٢)</sup> والحجام ونحوهم ففيه وجهان:

أحدهما: لا تقبل شهادتهم لأنه دناءة يمتنبه أهل المروءات فهو كالذي قبله.

والثاني: تقبل لأن بالناس إليه حاجة. فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقتها وبصايبها، فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً. وأما الحائك والحارس والديباغ فهي أعلى من هذه الصناعات فلا ترد بها للشهادة. وذكرها أبو الخطاب في جلة ما فيه وجهان.

وأما سائر الصناعات التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها، إلا من كان منهم يحلف كاذباً، أو يبعد ويخلف، وغلب هذا عليه، فإن شهادته ترد. وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها، أو لا يقنزه عن النجاسات فلا شهادة له، ومن كانت صناعته محرمة، كصانع الزامير والطنابير فلا شهادة له. ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا، كالصائغ والصيرفي ولم يتوق ذلك، ردت شهادته.

(فصل في اللعب)

٨٣٩٨

كل لعب فيه قمار فهو محرم، أي لعب كان، وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه. ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته، وما خلا من القمار وهو اللاب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما، فنه ماهو محرم، ومنه ماهو مباح. فأما المحرم فاللعب بالنرد، وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: هو مكروه غير محرم.

(١) الكساح: الذي ينظف الحشوش. الكفاس: الذي يكفس الأسواق وغيرها (ف).

(٢) الزبال: الذي يجمع الزبل. القراد: الذي يربى الفرو (ف).

ولنا : ماروى أبو موسى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من لعب بالنردشير فقد هوى الله ورسوله » .

وروى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه » رواها أبو داود .

وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم .

إذا ثبت هذا : فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قاراً أو غير قار ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي . قال مالك : من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائفة ، لأن الله تعالى قال ( فَأَذًا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ ؟ )<sup>(١)</sup> وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال .

### ( فصل )

٨٣٩٩

فأما الشطرنج ، فهو كالنرد في التحريم ، إلا أن النرد أكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه ، لكن هذا في معناه ، فيثبت فيه حكمه قياساً عليه .

وذكر للقاضي أبو حسين : ممن ذهب إلى تحريمه على بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك ، وهو قول أبي حنيفة . وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى المنصوص عليه فتبقى على الإباحة ، ويفارق الشطرنج النرد من وجهين :

أحدهما : أن في الشطرنج تدبير الحرب ، فأشبهه اللعب بالحرب ، والرمي بالشاب ، والمساوقة بالغيل .

والثاني : أن المولى في النرد على ما يخرج السكبة فاشبه الأزلام ، والمولى في الشطرنج على حذقه وتدييره ، فأشبهه المساوقة بالسهم .

ولنا : قول الله تعالى ( إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ<sup>(٢)</sup> ) قال علي رضي الله عنه : الشطرنج من الميسر .

ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال : ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟ قال أحد : أصبح مافي الشطرنج قول علي رضي الله عنه .

وروى وثالة بن الأسقع رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل ينظر

في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب « رواه أبو بكر بإسناده ، ولأنه لعب بصد  
عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبهه اللعب بالنرد .

وقولهم : لانص فيها ، قد ذكرنا فيها نصاً ، وهي أيضاً في معنى النرد المنصوص على تحريمه .

وقولهم : إن فيها تدبير الحرب .

قلنا : لا يقصد هذا منها ، وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار .

وقولهم : إن الممول فيها على تدبيره ، فهو أبلغ في اشتغاله بها وصددها عن ذكر الله والصلاة .

إذا ثبت هذا : فقال أحمد : النرد أشد من الشطرنج ، وإنما قال ذلك لورود النص في النرد والإجماع  
على تحريمها بخلاف الشطرنج . وإذا ثبت تحريمها فقال القاضي : هو كالنرد في رد الشهادة به ، وهذا قول  
مالك وأبي حنيفة لأنه محرم مثله .

وقال أبو بكر : إن فعله من يعتقد تحريمه . فهو كالنرد في حقه ، وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته  
إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها ، أو يخرج به إلى الخلف للكاذب ونحوه من الحرمات ، أو يأمب بها على  
الطريق ، أو يفعل في لعبه ما يستغف به من أجله ، ونحو هذا مما يخرج من المروءة ، وهذا مذهب الشافعي ،  
وذلك لأنه يختلف فيه فأشبهه سائر المختلف فيه .

( نصـــــــــل )

٨٤٠٠

واللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له ، وهذا قول أصحاب الرأي . وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب  
حمام ولا حمام ، وذلك لأنه سفيه ودناءة وقلة مروءة ، ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم  
ورميه إياها بالحجارة .

وقد رأى النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً يتبع حماماً فقال : « شيطان يتبع شيطانة »<sup>(١)</sup> .

وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحل السمك ، أو للأنس بها من غير أذى يتعمد إلى الناس لم ترد  
شهادته . وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشكا إليه الوحشة فقال :  
« اتخذ زوجاً من حمام »<sup>(٢)</sup> .

(١) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة ج ٢ ص ٥٨٢ (ف) .

(٢) أخرجه الخطيب في التاريخ عن ابن عباس وفيه محمد بن زياد كذاب ، وأخرج ابن السني عن معاذ أن  
علياً شكاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم الوحشة فأمره أن يتخذ زوج حمام ويدكر الله تعالى عند هديره كما في فيض  
القدير ج ١ ص ١١٢ (ف) .

٨٤٠١

( فصل )

فأما للمسابقة المشروعة بالخليل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام ، فبإباحة لا دناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة ، وكذلك ما في معناه من التقاف واللعب بالحرب . وقد لعب الحبشة بالحرب بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقامت عائشة خلفه تنظر إليهم وتستتر به حتى ملت . ولأن في هذا تملأاً للحرب فإنه من آلاته ، فأشبهه المسابقة بالخليل والمفاضلة وسائر اللعب ، إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فالأصل لإباحته . فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منعه الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ، وما كان منه لا دناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال .

٨٤٠٢

( فصل في الملامى )

وهي على ثلاثة أضرب :

( محرم ) وهو ضرب الأوتار والفائات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزقة والرباب ونحوها ، فمن أدام استماعها ردت شهادته ، لأنه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا ظهرت في أمي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء »<sup>(١)</sup> فذكر منها إظهار المعازف والملاهي .

وقال سعيد : ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله يمتحن رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير ، لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وتمنهن حرام »<sup>(٢)</sup> يعني الضاربات .

وروى نافع قال : « سمع ابن عمر مزمراً قال : فوضع أصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي : يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال : فقلت : لا ، قال : فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم

(١) أخرجه الترمذي ج ٢ ص ٣٣ عن طي بن أبي طالب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا فعلت أمي خمس عشرة خصلة حل بها البلاء ، فقيل : وما هن يا رسول الله ؟ قال : إذا كان الغنم دولاً ، والأمانة مغنماً ، والزكاة مغرماء ، وأطاع الرجل زوجته وعق أمه ، وبر صديقه وجفا أباه ، وارتفعت الأصوات في الساجد ، وكان زعيم القوم أرذلهم ، وأكرم الرجل مخافة شربه ، وشربت الخمر ، ولبس الحرير ، واتخذت القينات والمعازف ، ولعن آخر هذه الأمة أولها فليرتقبوا عند ذلك ريحاً حمراء أو خسفاً ومسحاً » قال الترمذي هذا حديث غريب لا نعرفه من حديث طي بن أبي طالب إلا من هذا الوجه ، ولا نعلم أحداً رواه عن يحيى بن سعيد الأنصاري — أحد رجال سنده — غير الفرغ بن فضالة ، والفرج ابن فضالة قد تكلم فيه بعض أهل الحديث وضمنه من قبل حنظلة وقد رواه عنه وكيع وغير واحد من الأئمة . (ف)

(٢) أخرج هذا الحديث الإمام أحمد في مسنده ج ٥ ص ٢٥٧ وهو أطول مما هنا وفيه فرج بن فضالة الجمعي وقد سبق الكلام عنه في الحديث السابق . (ف)

عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا « . رواه الخلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال : حديث منكر .<sup>(١)</sup>

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة اللزمار ، وقالوا لو كان حراماً لمنع للنبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر من سماعه ، ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ، ولأنكر على الزاشر بها .

قلنا : أما الأول فلا يصح ، لأن الحرم استماعها دون سماعها ، والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ، ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه ، وقال الله تعالى : (وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ) <sup>(٢)</sup> ولم يقل سدوا آذانهم . والمستمع هو الذى يقصد السماع ، ولم يوجد هذا من ابن عمر ، وإنما وجد منه السماع ، ولأن بالنبي صلى الله عليه وسلم حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه ، لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه ، فأبيح للمعاجة .

وأما الإنكار ، فله كان في أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً ، أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفار وقلة أهل الإسلام .

فإن قيل : فهذا الخبر ضعيف ، فإن أبا داود رواه وقال : هو حديث منكر .

قلنا : قد رواه الخلال بإسناده من طريقين ، فلمل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين .

(وضرب مباح) وهو الدف ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعى أنه مكروه في غير النكاح ، لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف يمشى ففطر فإن كان في وليمة سكت ، وإن كان في غيرها عمد بالهرة .

ولنا : ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن امرأة جاءت به فقالت : إني نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أوفى بنذرك » رواه أبو داود . ولو كان مكروهاً لم يأمرها به وإن كان مندوراً .

وروت الربيع بنت معوذ قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيحة بتي بي ، فجعلت جويزات يضربن بدف لمن ويندين من قتل من آبائى يوم بدر إلى أن قالت إحداهن : وفيما نهى يعلم ما فى غد ، فقال : دعى هذا وقولى الذى كنت تقولين » متفق عليه .

(١) أنظر سنن أبي داود ج ٢ ص ٥٧٩ (ف) . (٢) سورة القصص آية ٥٥ .

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال ، لأنه إنما كان يضرب به النساء والخشون المشبهون بهن ، ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء ، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم المشبهين من الرجال بالنساء .

فأما الضرب بالقضيب فمكروه إذا انضم إليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص ، وإن خلا عن ذلك كله لم يكره ، لأنه ليس بآلة ولا بطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاحى . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا .

### (فصل)

٨٤٠٣

واختلف أصحابنا فى الفناء ، فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال أبو بكر عبد العزيز : والفناء والنوح معنى واحد مباح ، ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن . وكان الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لا على القول بيمينه .

وروى عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قولا فلم يفكر عليه . وقال له صالح : يا أبا أليس كنت تسكره هذا ؟ فقال : إنه قيل لى إنهم يستعملون المنكر .

ومن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سمع بن إبراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبرى ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت عندى جارتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال : مزمورا للشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دعهما فإنها أيام عيد » متفق عليه .

وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : الفناء زاد الرأكب ، واختار القاضى أنه مكروه غير محرم ، وهو قول الشافعى ، قال : هو من اللهو المكروه . وقال أحمد : الفناء يثبت النفاق فى القلب لا يوجبى .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد فيمن مات وخلف ولداً يقيم وجارية مغنية : فاحتاج الصبي إلى بيعها ؛ تباع ساذجة . قيل له : إنها تساوى مغنية ثلاثين ألفاً وتساوى ساذجة عشرين ديناراً ، قال : لا تباع إلا على أنها ساذجة .

واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنفية فى قوله تعالى : ( وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ )<sup>(١)</sup> قال : الفناء .

وقال ابن عباس وابن مسعود فى قوله : ( وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِ كَهْوَ الْحَدِيثِ )<sup>(٢)</sup> قال : هو الفناء . وعن أبى أمامة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن ، وأكل

(١) سورة الحج آية ٣٠ . (٢) سورة لقمان آية ٦ .

أئمانهم حرام» أخرجه الترمذى وقال : لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد ، وقال : تسكلم فيه أهل العلم .

وروى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المناء يثبت النفاق في القلب »<sup>(١)</sup> والمصحح أنه من قول ابن مسعود .

وعلى كل حال من اتخذ الفناء صناعة يؤتى له ويأتى له ، أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له ، لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ، ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصرّ متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى .

وإن كان لا ينسب نفسه إلى الفناء ، وإنما يترنم لنفسه ولا يغنى الناس ، أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له ، انبنى هذا على الخلاف فيه ، فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال : إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر ، وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع . ومن كان يغشى بيوت الفناء ، أو يغشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً ، لأنه سفه ودناءة ، وإن كان معتبراً به فهو كالفنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه .

### ( فصل )

٨٤٠٤

وأما الحداء وهو الإنشاد الذى تساق به الإبل ، فباح لا بأس به في فعله واستماعه ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النساء ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لابن رواحة : حرك بالقوم ، فاندفع يرتجز فتيمة أنجشة فأعنت<sup>(٢)</sup> الإبل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأنجشة : « رويدك<sup>(٣)</sup> رفقاً بالقوارير<sup>(٤)</sup> » يعنى النساء .

(١) أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٥٧٩ . (ف) .

(٢) أعنت الإبل : سارت سيراً فسيحاً سريعاً . (ف) .

(٣) رويدك : منصوب على الصفة لمصدر محذوف أى سق سوقاً رويداً ومعناه الأمر بالرفق بهن (ف) .

(٤) المراد بالقوارير النساء لضعف عزائهن تشبيهاً بقارورة الزجاج لضعفها وإسراع الانكسار إليها . وقد أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالرفق في السير لأن الإبل إذا سمعت الحداء أسرع في المني فأزعجت الركاب وأتعبته فنهأ عن ذلك لأن النساء يضعفن عن شدة الحركة ويخاف ضررهن وسقوطهن . والحديث أخرجه أحمد والبخارى ومسلم والترمذى عن أنس (ف) .



وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الإنشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره .

والغناء من الصوت ممدود مكسور ، والغنى من المال مقصور ، والجداء مضموم ممدود كالجداء والرخاء ، ويجوز الكسر كالجداء والمجداء والغذاء .

### (فصل)

٨٤٠٥

والشعر كالسلام ، حسنه كعسنه ، وقبيحه كقبيحه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن من <sup>(١)</sup> الشعر لحكماً » وكان يضع لسان منبراً يقوم عليه فيهبو من هجا رسول الله صلى الله عليه وسلم والسلمين ، وأنشده كعب بن زهير قصيدة \* بانت سعاد فقلبي اليوم مقبول <sup>(٢)</sup> \* في المسجد .

وقال له عمه العباس يا رسول الله إني أريد أن أمدحك ، فقال : قل لا يفضض الله فاك فأنشده :

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق <sup>(٣)</sup>

وقال عمرو بن الشريد <sup>(٤)</sup> : أردفت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أملك من شعر أمية ؟ قلت :

(١) أخرجه أحمد وأبو داود عن ابن عباس ، وأخرجه البخاري عن أبي بن كعب . (ف)

(٢) كعب بن زهير قيل إنه هجا النبي صلى الله عليه وسلم فخشى أن يقتله الرسول صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة فحشى هاتماً في الأرض على وجهه ثم قدم المدينة . مستخياً ثم دخل للمسجد ووضع يده في يد النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله إن كعب بن زهير قد جاء أيسئاً من منك تائباً مسلماً فهل أنت قائل منه إن أنا جئت بك به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . قال : أنا يا رسول الله كعب بن زهير . ثم أنشد قصيدته :

بانت سعاد فقلبي اليوم مقبول متيم إثرها لم يقد مكبول

ومعنى مقبول : أسقمه الحب وأضناه — متيم : ذليل مستعبد . لم يقد : لم يخلص من الأسر بفدية — مكبول : مقيد (ف)

(٣) أخرجه الطبراني بسنده عن خريم بن أوس قال : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال له العباس بن عبد المطلب رحمه الله : يا رسول الله إني أريد أن أمدحك ، فقال له صلى الله عليه وسلم : هات لا يفضض الله فاك فأنشأ يقول :

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

أنظر المواهب اللدنية ج ٣ ص ٨٣ وجمع الروائد ج ٨ ص ٢١٧ وفيه مجهولون . من قبلها : من قبل الولادة ، والظلال : ظلال الجنة ، والمستودع : للسكان القدي كان به آدم وحواء في الجنة (ف)

(٤) هكذا في المتن — وهنا سقط — لأن عمرو بن الشريد تابعي كما في الخلاصة ص ٢٩٠ والصواب كما في صحيح مسلم ج ٤ ص ١٧٦٧ « عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال : ردفت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فقال : هل معك من شعر أمية بن أبي الصلت شيئاً ؟ قلت : نعم . قال : هيه . ثم أنشدته بيتاً فقال : هيه حتى أنشدته مائة بيت » و ( هيه ) قيل أصلها ( إيه ) وهي كلمة للامتزادة من الحديث لليهود (ف) .

نعم ، فأنشدته بيتاً ، فقال « هيه » فأنشدته بيتاً ، فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين<sup>(١)</sup> :

أَنَا النَّبِيُّ لَا كَذِبَ      أَنَا ابْنُ عَبْدِ الْمُطَلِّبِ

وقد اختلف في هذا ، فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل : بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر .

ويروى أن أبا الدرداء قيل له مامن أهل بيت في الأنصار إلا وقد قال الشعر ، قال وأنا قد قلت :

يُرِيدُ الْمَرْءُ أَنْ يُطْلَى مَقَامَهُ      وَبَابِيَ اللَّهُ إِلَّا مَا أَرَادَا  
يَقُولُ الْمَرْءُ فَاتِدْنِي وَمَالِي      وَتَقْوَى اللَّهِ أَفْضَلُ مَا اسْتَفَادَا

وليس في إباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب . ويقال : الشعر ديوان العرب .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى (وَالشُّعْرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْفَأْوُونَ<sup>(٢)</sup>) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لَأَنْ يَمْتَلِيءَ جَوْفُ أَحَدِكُمْ قَيْحًا حَتَّى يَرِيَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمْتَلِيءَ شِعْرًا » رواه أبو داود وأبو عبيد<sup>(٣)</sup> ، وقال : معنى يريه : يأكل جوفه ، يقال : وراه يريه . قال الشاعر :

وَرَاهُنَّ رَبِّي مِثْلَ مَا قَدَّ وَرَيْنِي      وَأُخِي عَلَى أَكْبَادِهِنَّ الْمَكَوِيَا<sup>(٤)</sup>

قلنا : أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب ، بدليل وصفه لهم بقوله : ( أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَهِيمُونَ . وَأَنْهُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ )<sup>(٥)</sup> ثم اسئلي المؤمنين فقال ( إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا )<sup>(٦)</sup> ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب ، وتذف المحسنات وهجاء الأبرياء ، سيما من كان في ابتداء الإسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي صلى الله عليه وسلم وبميب الإسلام ويمدح

(١) أخرجه البخاري عن البراء بن عازب (ف) .

(٢) سورة الشعراء آية ٢٢٤ .

(٣) ورواه أيضاً مسلم ج ٤ ص ١٧٦٩ (ف) .

(٤) قاله عبد بن الحسحاس يذكر النساء كما في لسان العرب ج ١٥ ص ٣٨٧ دعا عليهن بما يفسد جوفهن

وبحرق أكبادهن . (ف)

(٥) سورة الشعراء آية ٢٢٥ ، ٢٢٦ (٦) سورة الشعراء آية ٢٢٧

الكفار ، فوق القدم على الأغلب ، واستثنى منهم من لا يفضل الخصال المذمومة . فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة .

وأما الخبر ، فقال أبو عبيد : معناه أن يلب عليه الشعر حتى يشمله عن القرآن والفقهاء . وقيل : المراد به ما كان هجاء وفحشا ، فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح في أعراضهم ، أو التشبيب بامرأة بعينها والإفراط في وصفها ، فذكر أصحابنا أنه محرم ، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على روايه فلا يصح ، فإن المفازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هجوا بها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسكر ذلك أحد .

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن في الشعر الذي تناولت به الشعراء<sup>(١)</sup> في يوم بدر وأحد وغيرهما ، إلا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية<sup>(٢)</sup> ، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير .

(١) في صحيح مسلم ج ٤ ص ١٩٣٥ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أهجوا قريشاً فإنه أشد عليها من رشق بالنبل فأرسل إلى ابن رواحة فقال : أهجهم . فهجهم فلم يرض فأرسل إلى كعب بن مالك ثم أرسل إلى حسان بن ثابت فلما دخل عليه قال حسان : قد آن لكم أن ترسلوا إلى هذا الأسد الضارب بذنبه ثم أدلع لسانه فجعل يحركه فقال والذي بئسك بالحق لأفرينهم بلساني فرى الأديم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم لا تعجل فإن أبوك أعلم قريشاً بأنسابها وإن لي فيهم نسباً حتى يخلص لك نسي فأتاه حسان ، ثم رجع فقال : يا رسول الله قد لخص لي نسبك والذي بئسك بالحق لأملكك منهم كما تسلي الشجرة من العجين . قالت عائشة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن إن روح القدس لا يزال يؤيدك ما ناخث عن الله ورسوله وقالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : هجاء حسان فشتى واشتفى .

رشق : بفتح الراء وسكون الشين أى رمى — آن لكم : حان لكم — الضارب بذنبه : شبه نفسه بالأسد ولسانه بذنبه يضرب جنبيه كما فعل حسان بلسانه حين أدله أى أخرجه عن الشفتين — وحركه — لأفرينهم فرى الأديم : لأمزقن عرضهم تمزيق الجلد ، فشقى للؤميين واشتفى بما ناله من أعراض الكافرين .

وعن همار بن ياسر قال : لنا هجانا للشركون شكونا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قولوا لهم كما يقولون لكم . رواه أحمد والبخاري والطبراني ورجاله ثقات . (ف) .

(٢) قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية أولها :

ألا بكيت على الكرام ، م به الكرام أولى الملاح

أنظر سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٣٢ (ف) .

وقد سمع النبي صلى الله عليه وسلم قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسماد ، ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر .

وروي أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يفنيهم بقصيدة قيس بن الخطيم ، فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه ، فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأساً إنما قال<sup>(١)</sup> .

وَعَمْرُوهُ مِنْ مَرَوَاتِ النِّسَاءِ تَنْفَعُ بِالْمَسْكِ أَرْذَانَهَا

وكان عمران بن طلحة في مجلس ، ففناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله ، فقال : دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها .

فأما الشاعر ، فمضى كان يهجو المسلمين ، أو يمدح بالكذب ، أو يقذف مسلماً أو مسلمة فإن شهادته ترد ، وسواء قذف للمسلمة بنفسه أو بغيره . وقد قيل : أعظم الناس ذنباً رجل يهاجى رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها . وقد روي أن أبا دلامة شهد عند قاضٍ أظنه ابن أبي ليلى يخاف أن يرد شهادته ، فقال :

إِنَّ النَّاسَ غَطَوْنِي تَغَطَّيْتُ عَنْهُمْ وَإِنْ بَحَثُوا عَنِّي فَيَبْغُونِي مَبَاحِثُ

فقال القاضي : ومن يبحثك يا أبا دلامة ، وغرم المال من عنده ، ولم يظهر أنه رد شهادته .

(فصل)

٨٤٠٦

في قراءة القرآن بالألحان

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به ، وإن حسن صوته فهو أفضل ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروى « زينوا القرآن بأصواتكم »<sup>(٢)</sup> « وقال : لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود » .

(١) البيت في لسان العرب ج ٤ ص ٦٠٦ وفي الإصابة ج ٤ ص ٣٦٦ وفي الأغاني ج ١٦ ص ٣٣ وممنه إن حمرة من النساء ذوات المجد والشرف طيبة الذكر وعاطرة السمعة . والخطيم والد قيس بالحاء المعجمة كما في الأغاني ج ٣ ص ١ وقد سمي بذلك لضربة كانت خطمت أنه . ومن هـ هذا يتبين خطأ نسخ المغنى حيث ذكرته ( الخطيم ) بالحاء للهمة (ف) .

(٢) حديث « زينوا القرآن بأصواتكم » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث البراء بن عازب قال الحافظ : وعلقه البخاري بالجزم ولا بن حبان عن أبي هريرة ولا بزار عن عبد الرحمن بن عوف والحاكم من طريق أخرى عن البراء « زينوا أصواتكم بالقرآن » وهي في الطبراني من حديث ابن عباس — ورجع هذه الرواية الخطابي وفيه نظر لما رواه الدارمي والحاكم بلفظ « زينوا القرآن بأصواتكم فإن الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً » فهذه الزيادة تؤيد معنى الرواية الأولى (ف) .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي موسى « لقد مررتُ بك البارحة وأنت تقرأ ، ولقد أوتيتَ مزماراً من مزامير آل داود . فقال أبو موسى : لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيراً »<sup>(١)</sup> .

وروى<sup>(٢)</sup> « أن عائشة رضى الله عنها أبطأت على النبي صلى الله عليه وسلم ليلة<sup>(٣)</sup> فقال : أين كنتِ يا عائشة ؟ فقالت : يا رسول الله كنت<sup>(٤)</sup> أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته<sup>(٥)</sup> ، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فاستمع قراءته ثم قال : هذا سالم مولى أبي حذيفة ، الحمد لله الذى جعل فى أمتي مثل هذا » .

وقال صالح : قلت لأبي « زينوا القرآن بأصواتكم » ما معناه ؟ قال : أن يحسنه . وقيل له : ما معنى « من لم يتغن بالقرآن » قال : يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعى . وقال الأبيث : يهجن به ، ويتخنع به ، وينبأ كى به . وقال ابن عيينه وحمرو بن الحارث ووكيع : يستغنى به .  
فأما القراءة بالقلعين فينظر فيه ، فإن لم يفرط فى التعليل والمد وإشباع الحركات فلا بأس به ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قد قرأ ورجع ورفع صوته . قال الراوى : لولا أن يجتمع الناس على لحكيت لكم قراءته .

وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن »<sup>(٦)</sup> وقال : « ما أذن الله لشيء كإذنه لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجر به<sup>(٧)</sup> » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر :

فى سماع بأذن الشيخ له

(١) فى صحيح مسلم ج ١ ص ٥٤٦ عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو رأيته وأنا أستمع لقراءتك البارحة ، لقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود » وجاء فى تفسير الوصول ج ٣ ص ٢٥١ عقبه : أخرجه الشيخان والترمذى وزاد فى رواية البرقاني عن مسلم « لو علمت والله يا رسول الله أنك تستمع لقراءتى لحبرته لك تحبيراً » التحبير : التعسين . أقول : رواه الطبراني أيضاً كما فى مجمع الزوائد ج ٩ ص ٣٦٠ (ف) .

(٢) الحديث رواه ابن ماجه فى سننه ج ١ ص ٤٠٣ (ف) .

(٣) زاد ابن ماجه « بعد العشاء » (ف)

(٤) لفظ ابن ماجه « كنت أستمع قراءة رجل من أصحابك لم أسمع مثل قراءته وصوته من أحد » (ف) .

(٥) لفظ ابن ماجه « قالت : فقام وقت معه حتى استمع له ثم التفت إلى فقال » (ف)

(٦) أخرجه البخارى وأحمد من حديث أبي هريرة وأحمد وداود وابن ماجه والحاكم وابن حبان من حديث سعد بن أبي وقاص (ف)

(٧) أخرجه البخارى ومسلم واللفظ له وأبو داود والنسائى عن أبي هريرة .

وقال القاضي : هو مكروه على كل حال ، ونحوه قول أبي عبيد ، وقال : معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أى يستغنى به . قال الشاعر<sup>(١)</sup> :

وكننت امرأ زَمَمًا بالعراق عفيف المناسخ كثير التَّغَنِّ

قال : ولو كان من اللغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبي صلى الله عليه وسلم . وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضي أحمد بن محمد البرني : هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم : يتغن بالقرآن : يبحر به ، وقيل : يحسن صوته به .

والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به ، لأنه لو كان مكروهاً لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم . ولا يصح حمله<sup>(٢)</sup> على التغنى في حديث « ما أذن الله لشيء كإذنه لنبي يتغن بالقرآن » على الاستغناء ، لأن معنى أذن استمع ، وإنما نسمع القراءة ، ثم قال : يبحر به ، والجهر صفة القراءة لصفة الاستغناء . فأما إن أفرط في المد والتعطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك . ومن أصحابنا من يحرمه لأنه يغير القرآن ، ويخرج الكلمات عن وضعها ، ويجعل الحركات حروفاً .

وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلاً سأله عن ذلك فقال له : ما اسمك ؟ قال : محمد ، قال : أيسرك أن يقال لك يا محمد ؟ قال : لا . فقال : لا يعجبني أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى ، فقال له رجل : فيكلمون ، فقال : لا كل ذا .

واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين . وروى بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقرءوا القرآن بالحنن فإنه نزل بالحنن<sup>(٣)</sup> » .

(١) الشاعر هو الأعشى والبيت في لسان العرب ج ١٥ ص ١٣٦ وفي ديوانه ص ٢٥ ونصه فيها :

وكننت امرأة زَمَمًا بالعراق عفيف المناخ طويل التغن

المناخ : محل الإقامة — التغن : هو التغنى أى الاستغناء وفي نسخ المغنى وفي الشرح الكبير ٥٦/١٢ (كثير التغنى) والمروى ما أثبتناه (ف)

(٢) لعل الأوضح ( ولا يصح حمل التغنى ) ليعتقم الكلام (ف) .

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط عن بريدة . قال في مجمع الزوائد : فيه اسماعيل بن سيف وهو ضعيف ج ٧ ص ١٧٠ وفي فيض القدير ج ٢ ص ٦٢ « الحزن بالتحريك تريق الصوت والتخشع والتباكى . نزل بالحنن : أى نزل ناعياً على الكافرين شناعة صفتهم ... وينيط بذلك الإنذار والوعيد بعذاب عظيم ... قال الغزالي : وجه اختيار الحزن مع القراءة أن يتأمل ما فيه من التهديد والوعيد والوثنائق والعهود ثم يتأمل القارىء ما فيه من تقصيره من أوامره وزواجره فيحزن لذلك لاحالة فيبكي ويخشع فإن لم يحضره حزن فليبك على فقد الحزن فإن ذلك من أعظم المصائب » انتهى ملخصاً (ف) .

وقال المروزي : سمعت أبا عبد الله قال لرجل : لو قرأت ، وجعل أبو عبد الله ربما تفرغرت عينه . وقال زهير بن حرب : كما عند يحيى القطان ، فجاء محمد بن سعيد الترمذي ، فقال له يحيى : اقرأ ، فقرأ ، ففشى على يحيى حتى حل فأدخل . وقال محمد بن صالح العدوي : قرأت عند يحيى بن سعيد القطان ففشى عليه حتى فانه خمس صلوات .

## (فصل)

٨٤٠٧

ولا تقبل شهادة الطفيلي ، وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال <sup>(١)</sup> « من أتى إلى طعام لم يدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً » ولأنه يأكل محرماً ، ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة ، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصفائر .

## (فصل)

٨٤٠٨

ومن سأل من غير أن تحمل له المسألة ، فأكثر ، ردت شهادته ، لأنه فعل محرماً ، وأكل سحماً ، وأنى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن المسألة لا تحمل إلا لأحد ثلاثة : رجل أصابته جائحة <sup>(٢)</sup> فاجتاحت ماله ، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً <sup>(٣)</sup> من عيش ، أو سيداً <sup>(٤)</sup> من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا <sup>(٥)</sup> من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ، أو سيداً من عيش ، ورجل تحمل حمالة <sup>(٦)</sup> ، فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه <sup>(٧)</sup> سحماً يوم القيامة » رواه مسلم .

وأما السائل ممن تباح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك ، إلا أن يكون أكثر عمره سائلاً ، أو يكثر

(١) أخرجه أبو داود عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج معيراً » قال أبو داود ج ٢ ص ٣٠٦ فيه (أبان بن طارق مجهول) ويلاحظ أنه ذكر في المغني وفي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٧ (معيراً) بالعين المهملة والاصواب (مغيراً) بالعين للمعجمة أى ناهباً (ف) .

(٢) جائحة : آفة تصيب الإنسان في ماله (ف)

(٣) قواماً : يفتح القاف وكسرهما أفصح هو ما يقوم به حال الإنسان من مال وغيره (ف) .

(٤) سداداً : بكسر السين المهملة ما يسد حاجة المحتاج ويكفيه (ف) .

(٥) الحجا : العقل (ف)

(٦) حمالة : يفتح الحاء المهملة : الدية يتعاملها قوم من قوم ، وقيل : ما يتعامله المصلح بين فئتين في ماله ليرتفع

بينهم القتال والنزاع (ف)

(٧) السحت : الحرام — وحديث قبيصة في مسلم ج ١ ص ٧٢٢ وفيه اختلاف يسير في اللفظ (ف)

ذلك منه فينبى أن ترد شهادته ، لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة . ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته ، لأنه فعل جائز لا دناءة فيه ، وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لأنه مصرّ على الحرام .

## (فصل)

٨٤٠٩

ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً بإباحته لم ترد شهادته ، كالأزواج بغير ولى أو بغير شهود ، وآكل متروك التسمية ، وشارب يسير الببذ ، نص عليه أحمد في شارب الببذ يحد ولا ترد شهادته ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : ترد شهادته ، لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه ، فأشبهه للفق على تحريمه .

ولنا : أن للصعابة رضى الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ، ولأنه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذى يوافق عليه الحاكم ، وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به إذا تكرر . وقال أصحاب الشافعى : لا ترد شهادته به ، لأنه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالتفق على حله .

ولنا : أنه فعل يحرم على فاعله ، ويأثم به ، فأشبهه المجمع على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله . وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته ، وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور ، فأما من يعتقد أنه على التراخي ويتركه بنية فاعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ، ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً »<sup>(١)</sup> وقال عمر : لقد سمعت أن أنظر في الناس فن وجدتته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ، ثم قال : ما هم بمسلمين .

## ﴿مسألة﴾

٨٤١٠

وقال ﴿ ونجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم ﴾ . وجلته أنه إذا شهد بوصية للسافر الذى مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما إذا لم يوجد غيرهما ، ويستعملان بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمناً ولو كان ذا قرى ، ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لم نؤمن .

(١) عن على رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ملك زاداً وراحلة تلبغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً وذلك أن الله يقول في كتابه ( لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ) قال ابنه ذى ج ١ ص ١٥٥ « هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه وفي إسناده مقال » (ف).



قال ابن المنذر : وبهذا قال أكابر الماضين ، يعنى الآية التى فى سورة المائدة ، ومن قاله شريح والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة ، وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضى الله عنهما .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا تقبل ، لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية ، كالفاسق لا تقبل شهادته ، فالكافر أولى . واختلفوا فى تأويل الآية فمنهم من حاكمها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال : المراد بقوله ( من غيركم ) أى من غير عشيرتكم ، ومنهم من قال : الشهادة فى الآية اليمين .

ولنا : قول الله تعالى ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ )<sup>(١)</sup> الآية . وهذا نص الكتاب .

وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بنى سهم مع نعيم الداري وعدى بن زيد<sup>(٢)</sup> فأتا السهمى بأرض ليس بها مسلم ، فلما قدما بتركته فقدوا جأماً<sup>(٣)</sup> فضة تحوَّصاً بالذهب ، فأحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجأماً بمكة فقالوا اشتريناه من نعيم وعدي ، فقام رجلان من أولياء السهمى خلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجأماً لصاحبهم ، فنزلت فيهم ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ )<sup>(٤)</sup> الآية .

وعن الشعبي « أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاً<sup>(٥)</sup> ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته ، فأشهد رجلين من أهل الكعاب ، فقدموا للكوفة فاتيا الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته ، فقال الأشعري : هذا أمر لم يكن بعد الذى كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأحلفهما بعد العصر<sup>(٦)</sup> »

#### (١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) فى نسخ اللغى والشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٦ ( عدى بن زيد ) لكن رواه البغارى فى كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٦ وأبو داود ج ٢ ص ٢٧٦ والترمذى ج ٢ ص ١٧٨ ( عدى بن بداء ) بالباء الموحدة بعدها دال مهمل مشددة ثم ألف بعدها همزة — وهذا هو الصواب (ف).

(٣) الجأ : كأس وإناء ، مخصوصاً : عليه صفائح من ذهب كخوص النخل (ف).

#### (٤) سورة المائدة آية ١٠٦

(٥) فى أبى داود ج ٢ ص ٢٧٦ ( بدقوقاء ) — ودقوقاء بلد بين بغداد وإربل (ف) :

(٦) فى أبى داود ( بالله ما خانا ) (ف) .

ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتبا ولا غيرا ، وأنها لوصية الرجل وتركته ، فأمضى شهادتهما .  
رواهما أبو داود في سننه .

وروى الخلال حديث أبي موسى بإسناده ، وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح ،  
لأن الآية نزلت في قضية عدى وتيمم بلا خلاف بين المفسرين ، وقد فسرهما بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن  
وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبي وسليمان التيمي وغيرهم ، ودلت عليه الأحاديث التي رويناهما ،  
ولأنه لو صح ما ذكره لم تجب الأيمان ، لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم ، وحملها على العمل  
لا يصح ، لأنه أمر بإحلافهم ولا أيمان في العمل ، وحملها على اليمين لا يصح لقوله ( فَيُقِيمَانِ بِاللَّهِ  
إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَسْكَتُكُمْ شَهَادَةً اللَّهِ )<sup>(١)</sup> الآية ، ولأنه عطفها على  
ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان .

وروى أبو عبيد في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان . قال أحمد : أهل المدينة  
ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله  
صلى الله عليه وسلم وقضاء الصحابة به وعلمهم بما ثبت في الكتاب والسنة ، فتعين المصير إليه والعمل به سواء  
وافق القياس أو خالفه .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤١١

قال ﴿ ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك ﴾ .

مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا ، رواه  
عنه نحو من عشرين نفساً ، وعن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والأوزاعي ومالك والشافعي  
وأبو ثور ، ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل ، وخطأه الخلال في نقله هذا ، وكذلك  
صاحبه أبو بكر قال : هذا غلط لا شك فيه ، وقال ابن حامد : بل المسألة على روايتين ، وقال أبو حفص  
البرمكي : تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه ، والمذهب الأول ،  
والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ،  
ثم اختلفوا فمنهم من قال : الكفر كله ملة واحدة ، فتقبل شهادة اليهودي على النصراني ، والنصراني على  
اليهودي ، هذا قول حماد وسوار والثوري والبتي وأبي حنيفة وأصحابه ، وعن قتادة والحكم وأبي عبيد  
وإسحاق : تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ، ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ، ولا نصراني  
على يهودي ، وروى عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روى عن جابر « أن النبي

صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، رواه ابن ماجة ، ولأن بعضهم بلى على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا : قول الله تعالى ( وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ )<sup>(١)</sup> ، وقال تعالى ( وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ )<sup>(٢)</sup> ، والكافر ليس بذى عدل ولا هو مفا ولا من رجالنا ولا من رضاءه ، ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحري ، والخبر يرويه مجاهد وهو ضعيف ، وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في الأمان ( فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ )<sup>(٣)</sup> .

وأما الولاية فتعلقها القرابة والشفقة ، وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين ، وجازت لموضع الحاجة ، فإن غير أهل دينهم لا يلى عليهم ، والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين ، وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤١٢

قال : ﴿ ولا تقبل شهادة خصم ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها ﴾ .  
أما الخصم فهو نوعان :

أحدهما : كل من خصم في حق لا تقبل شهادته فيه ، كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ، ولا الوصى فيما هو وصى فيه ، ولا الشريك فيما هو شريك فيه ، ولا المضارب بمال أو حق المضاربة ، ولو غصب الودعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها ، وكذلك ما أشبه هذا لأنه خصم فيه ، فلم تقبل شهادته به كالمالك .

والثاني : العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ، ويريد بالعداوة هاهنا المداوة الدينية ، مثل أن يشهد المقتوف على القاذف ، والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج يشهد على امرأته بالزنا ، فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها لإفسادها فراشه .

فأما المداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر ، أو الحق من أهل السنة يشهد على مبتدع ، فلا ترد شهادته لأن العدالة بالدين ، والدين يمنع من ارتكاب محظور دينه . وقال أبو حنيفة : لا تمنع العداوة للشهادة ، لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصدقة .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائن ولا خائفة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذى غر على أخيه » رواه أبو داود ، الفهر : الحقد ، ولأن العداوة تورث التهمة ، فتمنع الشهادة كالقربة القريبة ، وتخالف الصداقة ، فإن في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه ، وبيع آخرته بدنياه غيره ، وشهادة العدو على عدوه بقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا .

فإن قيل : فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟

قلنا : العداوة هاهنا دينية ، والدين لا يقتضى شهادة الزور ، ولا أن يترك دينه بموجب دينه .

### (فصل)

٨٤١٣

فإن شهد على رجل بحق ، فقفذه المشهود عايه لم ترد شهادته بذلك ، لأننا لو أبطنا شهادته بهذا لنمكن كل مشهود عليه من إبطال شهادة الشاهد بأن يقذفه .

ويفارق مالو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم ، فإن رد الشهادة فيه لا يفضى إلى ذلك بل إلى عكسه ، ولأن طريان الفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة ، لأن العادة إسراؤه ، فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها ، وها هنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه . وأما المحاكاة في الأموال فليست بعدوة تمنع الشهادة في غير ما حاكم فيه .

وأما قوله : ولا جارية إلى نفسه ، فإن الجارية إلى نفسه هو الذى يذتفع بشهادته ويمجر إليه بها نفعا ، كشهادة للفرءاء للمفلس يدين أو عين ، وشهادتهم للميت يدين أو مال ، فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلق حقوقهم به .

ويفارق مالو شهد الفرءاء لحي لا حبر عليه بمال ، فإن شهادتهم تقبل ، لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته .

فإن قيل : إذا كان معسرا سقطت عنه المطالبة ، فإذا شهد له بمال ملكا مطالبتة فجزوا إلى أنفسهم نفعا .

قلنا : لم تثبت المطالبة بشهادتهم ، إنما تثبت ببساره وإقراره لدعواه الحق الذى شهدوا به ، ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ، ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ، ولا شهادة السيد لعبده للأذن له في التجارة ولا لمكاتبه . قال القاضي : ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره ، وقال : نص عليه أحد .

فإن قيل : فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه ، مع أنه إذا مات ورثه ، فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعا ؟

قائماً : لا حق له في ماله حين الشهادة ، وإنما يحتمل أن يتجدد له حق ، وهذا لا يمنع قبول الشهادة ، كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها ، أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه ، أو يفلس فيتعلق حقه به ، وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة .

فإن قيل : فقد منع قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال ؟ فإن قلتم : قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق ، فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه ، بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تنفذ على الخروج من الثالث . قلنا : إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح ، لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث للشاهد به ابتداء ، فيكون شاهداً لنفسه موجباً لها حقاً ابتداء ، بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال ، فإنه إنما يجب للمشهود له ، ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل ، فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه .

فإن قيل : فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله .

قلنا : إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء ، إنما تجب للقتيل أو لورثته ، ثم يستوفى الغريم منها ، فأشبهت الشهادة له بالمال .

وأما المدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود ، أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم ، فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما ، لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية ، واحتمل أن لا تقبل ، لأنه يخاف أن يوسر قبل الحلول فيحمل ، وكذلك اغتلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده ، فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحلول فيعمل ، ولا تقبل شهادة الضامن للضمنون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ، ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفعته ، لأنه يوفر الحق على نفسه ، ولا شهادة بعض غرماء الفلوس على بعضهم بإسقاط دينه أو استيفائه ، ولا بعض من أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمة ، إما لضيق الثلث عتقهما ، أو لسكون الوصيتين بعمين ، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه ، لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه .

وقد قال الزهري : مضت السنة في الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ، والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً .

٨٤١٤

( فصل )

وإن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه ، أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه ، أو المدو لمدوه ، أو الوارث لموروثه بمال ، أو بالجرح بعد الاندمال ، أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر بإسقاط شفيعته ، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته ، أو كانت لأحدى الوصيتين لا تزاحم الأخرى ، ونحو ذلك مما لا تهمة فيه ، قبلت ، لأن المقتضى لقبول الشهادة متحقق ، والمانع منتف ، فوجب قبولها عملاً بالمقتضى .

٨٤١٥

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة ﴾

وجملته : أنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ، ولذلك اعتبرنا العدالة ، ومن يكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غاطاته ، فربما شهد على غير من استشهد عليه ، أو لفهر من شهد له ، أو بنير ما استشهد به ، وإذا كان مغفلاً فربما استزله الخضم بنير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ، ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة ، لأن أحداً لا يسلم من ذلك ، فلو منع ذلك الشهادة لا نسد بابها ، فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة .

٨٤١٦

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت ﴾ .

روى هذا عن علي وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن النضر .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لا تقبل شهادته . وروى ذلك عن النخعي وأبي هاشم ، واختلف عن الحسن وإياس وابن أبي ليلى ، وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة ، وإذا أقر عند أذنه وبد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ، ولم يجرها في غير ذلك ، لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبي ، ولأن الأصوات تشبه فلا يحصل اليقين ، فلم يجر أن يشهد بها كالمخط .

ولنا : قوله تعالى ( وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ )<sup>(١)</sup> وسائر الآيات في الشهادة ، ولأنه رجل عدل مقبول الرواية قبلت شهادته كالبصير ، وفارق الصبي ، فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ،

ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين ، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً ، فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال .

قال قتادة : للسمع قيافة كقيافة البصر ، ولهذا قال أصحاب الشافعي : تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ، ولا يثبت عندهم حتى يسموها من هدلين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدتهما ، فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر .

ولا خلاف في قبول روايته ، وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها ، وصحة قبوله النكاح ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وفارق الأفعال ، فإن مدرَكها الرؤية وهي غير ممكنة من الأعمى ، والأقوال مدرَكها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ، ويفارق الخط ، فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يميز أن يشهد بما كتب فيه ، إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً ، فإن جوز أن يكون صوت غيره لم يميز أن يشهد به ، كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه .

### (فصل)

٨٤١٧

فإن تحمل الشهادة على فعل ثم عي جاز أن يشهد به إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أصلاً لأنه لا يجوز أن يكون حاكماً .

ولنا : ما تقدم ، ولأن العمى فقد حاسة لا تحمل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ، ويفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ، ولذلك يعقب له السمع والاجتهاد وغيرها ، فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسألة .

وإن شهد عند الحاكم ثم عي قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم بها لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فنفع الحكم بها كالفسق .

ولنا : أنه معنى طراً بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت ، وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة .

### (فصل)

٨٤١٨

ولا تجوز شهادة الأخرس بحال، نص عليه أحمد رضي الله عنه فقال: لا تجوز شهادة الأخرس، قيل له: وإن

كتبها؟ قال : لا أدري . وهذا قول أصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى وابن المنذر : تقبل إذا فهمت إشارته ، لأنها تقوم مقام نطقه فى أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإبلائه فكذا فى شهادته ، واستدل ابن المنذر بأن النبى صلى الله عليه وسلم « أشار وهو جالس فى الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا <sup>(١)</sup> » .

ولنا ، أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق ، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ، ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة ، وإنما اكتفى بإشارته فى أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة هاهنا ، ولهذا لم يجز أن يكون حاكماً ، ولأن الحاكم لا يضى حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه ، والشاهد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى .

وما استدلل به ابن المنذر لا يصح ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته فى الصلاة ، ولو شهد الناطق بالإيماء والإشارة لم يصح إجماعاً ، فلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤١٩

قال : ﴿ ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لما وإن علوا ﴾ .  
ظاهر المذهب : أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل ، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات . ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا ، وسواء فى ذلك الآباء والأمهات وأباؤهما وأمهاتهما ، وبه قال شريح والحسن والشعبى والنخعي ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية ثالثة : تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له ، لأن مال الابن فى حكم مال الأب له أن يملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجرى بها لنفسه نفقاً . قال النبى صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك <sup>(٢)</sup> » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن أولادكم من أطيب كسبكم ، فسكلوا من أموالهم <sup>(٣)</sup> » ولا يوجد هذا فى شهادة الابن لأبيه .

(١) أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة ولفظ مسلم ج ١ ص ٣٠٩ « عن عائشة قالت : اشكى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدخل عليه ناس من أصحابه يهودونه فعلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً فصلوا بصلاته قياماً ، فاشار إليهم أن اجلسوا فجلسوا . فلما انصرف قال : إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا ركع فاركعوا ، وإذا رفع فارفعوا ، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً » (ف)

(٢) أخرجه ابن ماجه عن جابر . (ف)

(٣) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه عن عائشة . (ف)



وعنه رواية ثالثة : تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالا تهمه فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه ، لأن كل واحد منهما لا ينفع بما يثبت الآخر من ذلك فلا تهمه في حقه. وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة .

وروى ذلك من شريح ، وبه قال عمر بن عبيد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لمعوم الآيات ، ولأنه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كأجنبي .

ولنا : ما روى الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذى غمر على أخيه ، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء » والظنين المتهم ، والأب يتهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ، ولأن بينهما بمضية ، فكأنه يشهد لنفسه ، ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يربيني ما رابها <sup>(١)</sup> » ولأنه متهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه ، والخبر أخص من الآيات فتخص به .

## ( فصل )

٨٤٢٠

فأما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل ، نص عليه أحمد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، ولم أجد عن أحمد في الجامع فيه خلافاً ، وذلك لقول الله تعالى ( كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ <sup>(٢)</sup> ) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ، ولأنها إنما ردت للثمة في إبطال النفع ، ولا تهمه في شهادته عليه ، فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي بل أولى ، فإن شهادته لنفسه لما ردت للثمة في إبطال النفع إلى نفسه كان إقراره عليه مقبولا . وحكى القاضي في المجرد رواية أخرى : أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه ، لأن شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق .

وقال بعض الشافعية : لا تقبل شهادة الإبن على أبيه في قصاص ولا حد قذف ، لأنه لا يقتل بقتله ولا يحسد بقذفه فلا يلزمه ذلك . والمذهب الأول لما ذكرنا ، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه ، فشهادته عليه أبلغ في الصدق كإقراره على نفسه .

## ( فصل )

٨٤٢١

وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لما قبلت شهادتهما ، لأنه حق أمهما لا يزاد به ،

(١) أخرجه البخارى ومسلم والترمذى وأبو داود عن المسور بن مخرمة عندما أشيع رغبة طى في الزواج من بنت أبي جهل فاشتكت فاطمة لأبيها . والحديث في تيسير الوصول ج ٤ ص ٢٣٧ (ف)

(٢) سورة النساء آية ١٣٥ .

وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيًا . وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

## ( فصل )

٨٤٢٢

وتجوز شهادة الرجل لأبيه من الرضاة وأبيه منها وسائر أقاربه منها ، لأنه لا نسب بينهما يوجب الإنفاق والصلة وعق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٤٢٣

قال : ﴿ ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ﴾

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة . لأن مال العبد لسيده ، فشهادته له شهادة لنفسه ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »<sup>(١)</sup> ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ، ولا لأتمته بطلاق ، لأن في طلاق أتمته تخليصها له ، وإباحة بضعها له ، وفي نكاح العبد نفع له ، ونفع مال الإنسان نفع له . ولا تقبل شهادة للعبد لسيده ، لأنه يتبسط في مال سيده وينتفع به ، ويتصرف فيه ، وتجب نفقته منه ، ولا يقطع بسرقة ، فلا تقبل شهادته له كالأبن مع أبيه .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٤٢٤

قال : ﴿ ولا الزوج لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ﴾

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة ، وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعي وأبو ثور ، لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة ، وعن أحمد رواية أخرى : كقولهم ؛ وقال الثوري وابن أبي ليلى : تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لاتهمة في حقه ، ولا تقبل شهادتها له ، لأن بشاره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك .

ولنا : أن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب ، ويتبسط في ماله عادة ، فلم تقبل شهادته له كالأبن مع أبيه ، ولأن بشار الرجل يزيد نفقة امرأته ، وبشار المرأة يزيد به قيمة بضعها للملك لزوجها ، فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه ، فلم تقبل كشهادته لنفسه .

ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى ( وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ )<sup>(٢)</sup>

( ١ ) أخرجه البخاري في كتاب الشرب ج ٣ ص ١٥١ ومسلم ج ٣ ص ١١٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٢٤٠ والترمذي ج ١ ص ٢٣٥ والنسائي ج ٧ ص ٢٩٧ وابن ماجه ج ٢ ص ٢٣ ( ف ) .  
( ٢ ) سورة الأحزاب آية ٣٣ .

وقال (لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ) <sup>(١)</sup> فأضاف للبيوت إلهيهم تارة، وإلى النبي صلى الله عليه وسلم أخرى، وقال (لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ) <sup>(٢)</sup>.

وقال عمر للذي قال له إن غلامى سرق امرأة امرأتى : لا قطع عليه ، عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤٢٥

قال : ﴿ وشهادة الأخ لأخيه جائزة ﴾

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة . روى هذا عن ابن الزبير ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وحكى عن ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم . وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه في صلته وبره لأنه منهم في حقه . وقال ابن المنذر : قال مالك : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب وتجاوز في الحقوق .

ولنا : عموم الآيات ، ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ، ولا يصح القياس على الوالد والولد ، لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ .

### ( فصل )

٨٤٢٦

وشهادة العم وابنه وانخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز ، فإن شهادة الأخ إذا أجزت مع قربه كان تنبيهاً على شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى .

### ( فصل )

٨٤٢٧

وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء ، إلا ما سكا قال : لا تقبل شهادة الصديق للملاطف ، لأنه يجرى إلى نفسه نفعاً بها ، فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه . ولنا : عموم أدلة الشهادة ، وما قاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الجبر ، وإن كان ربما قضاء دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى هاهنا بين الصديقين . فأما العداوة فسيبها محذور ، وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه تخالفت الصداقة .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤٢٨

قال : ﴿ وتجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والنقصان ، فالذهب أنها مقبولة . روى ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما . قال أنس : ما علمت أن أحداً رد شهادة العبد ، وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبقى وأبو ثور وداود وابن المنذر ؛ وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد : لا تقبل شهادته ، لأنه غير ذي مروءة ، ولأنها مبنية على السكال لا تنبعض ، فلم يدخل فيها العبد كالميراث ؛ وقال الشعبي والنخعي والحكم : تقبل في الشيء اليسير .

ولنا : عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها ، فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه . وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله إنها لكاذبة ، قال « وما يدريك وقد قالت ما قالت ، دهاها عنك » . ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم أنه غير ذي مروءة ، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء .

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال : أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب<sup>(١)</sup> وكان منهم زياد بن أبي زياد<sup>(٢)</sup> مولى ابن عباس من العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه . ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات . وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ، ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ، ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ، فإن الميراث خلافة للوروث في ماله وحقوقه ، والعبد لا تمكنه الخلافة ، لأن ما يصير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ، ولأن الميراث يقتضى التملك والعبد لا يملك . ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك ، فوجب أن تقبل شهادته .

( ١ ) هو عبد العزيز بن صهيب البناني مولاهم للبصري ثقة مات سنة ثلاثين ومائة . ( ف )

( ٢ ) هو زياد بن أبي زياد ميسرة الخزومي مولاهم المدني عن مولاه عبد الله بن عياش بن عباس ، وهو ثقة عابد مات سنة خمس وثلاثين ومائة راجع الخلاصة ص ١٢٤ ، ٢٠٩ والتقريب ج ١ ص ٢٦٧ ، ٤٣٩ ومما نقلناه يتبين مافي الغنى من سقط في قوله ( مولى ابن عباس ) والصواب ( مولى ابن عياش بن عباس ) ويتبين أيضاً مافي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٦٦ من سقط في قوله ( وكان منهم زياد بن أبي عياش ) والصواب ( زياد بن أبي زياد مولى عبد الله عياش بن عباس ) . ( ف )

الفصل الثاني : أن شهادته لا تقبل في الحد ، وفي القصاص احتمالان :

أحدهما : تقبل شهادته فيه ، لأنه حتى آدمى لا يصح الرجوع عن الإقرار به فأشبهه الأموال .  
والثاني : لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبهه الحد . وذكر الشريف وأبو الخطاب في العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين :

إحدهما : تقبل لما ذكرنا ، ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر .  
والثانية : لا تقبل ، وهو ظاهر المذهب ، لأن الاختلاف في قبول شهادته في الأموال نقص وشبهة ، فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ، ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص كالمرأة .  
الفصل الثالث : شهادة الأئمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء . لأن النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص ، وإنما تقبل في المال أو سببه ، والأئمة كالحرّة فيما عداها فساوتهن في الشهادة ، وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث .

( فصل )

٨٤٢٩

وحكم المكاتب والمدير وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لأن الرق فيهم ، وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « لا تجوز شهادة المكاتب » ، وبه قال عطاء والشعبي والنخعي .  
ولنا : ما ذكرناه في العبد . وإذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى لأنهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم .

﴿ مسألة ﴾

٨٤٣٠

قال : ﴿ وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره ﴾ .  
هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والليث : لا تجوز شهادته في الزنا وحده . لأنه مقهم ، فإن العادة فيمن فعل قبيحاً أنه يجب أن يكون له نظراء . وحكى عن عثمان أنه قال : ودت الزانية أن النساء كلهن زنين .  
ولنا : عموم الآيات وأنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فتقبل في الزنا كغيره ، ومن قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة .

قال ابن المنذر : وما احتجوا به غلط من وجوه :  
أحدها : أن ولد الزنا لم يفعل فعلاً قبيحاً يجب أن يكون له نظراء فيه .  
والثاني : أني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه ، وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتاً عنه ، وغير جائز أن يطلق عثمان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكرو .

الثالث : أن الزانى لو تاب قبلت شهادته وهو الذى فعل الفعل القبيح ، فإذا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى ، فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما يلزمه ، وما يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه ، مع أن ولده لا يلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى ( وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى <sup>(١)</sup> ) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

## ﴿ مسأله ﴾

٨٤٣١

قال : ﴿ وإذا تاب القاذف قبلت شهادته ﴾

وجاءته : أن القاذف إن كان زوجاً فحق قذفه بينة أو لعان ، أو كان أجنبياً فحققه بالبينة أو بإقرار المذوف ، لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وإن لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بنفسه ورد شهادته لقول الله تعالى ( وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ <sup>(٢)</sup> ) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا . وروى ذلك عن عمر وأبي الدرداء وابن عباس ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهرى وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبي ثابت وأبو الزناد ومالك والشافعى والبقى وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر ، وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعه . وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأى : لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب . وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يثبت ، فانحلاف معه فى فصلين :

أحدهما : أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه ، وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد . والثانى : أنه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد . وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى : ( وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا <sup>(٣)</sup> ) وروى ابن ماجه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجوز شهادة خائن ولا محدود فى الإسلام <sup>(٤)</sup> » واحتج فى الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق .

(١) سورة الإسراء آية ١٥ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة النور آية ٤

(٤) وأخرج الترمذى أيضاً ج ٢ ص ٤٨ بسنده عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة ، ولا ذى غم لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع بأهل البيت لهم ، ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة » قال الفزارى — أحد رواة الحديث — القانع التابع ١ . هـ .

لا تجوز شهادة صاحب غم لأخيه يعنى صاحب عداوة ، والحديث مطعون فيه كما فى الترمذى وكما فى حاشية السندى على ابن ماجه ج ٢ ص ٦٥ ( ف )

ولنا في الفصل الأول : إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكر حين شهد على المغيرة بن شعبة : تب أقبل شهادتك ، ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً . قال سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة ثلاثة رجال : أبو بكر - ونافع بن الحارث وشيبل بن معبد ، ونكل زياد ، فجلد عمر الثلاثة وقال لهم : توبوا تقبل شهادتكم ، فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما ، وأبى أبو بكر فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ، ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا . يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلمها قبلت شهادته ، فهذا أولى .

وأما الآية فهي حجة لنا ، فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى : (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا<sup>(١)</sup>) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره : (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا<sup>(٢)</sup>) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين . فإن قالوا : إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجمل .

قلنا : بل يعود إليه أيضاً ، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجمل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ، ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم «لَا يُؤْمِنُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي بَيْتِهِ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ»<sup>(٣)</sup> عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ، ولأن الاستثناء بغير ما قبله فعاد إلى الجمل للمعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط ، فإنه لو قال : امرأته طالق وعنده حر إن لم يقم عاد الشرط إليهما كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى ، لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم . والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعويل لرد الشهادة ، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل ، وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف<sup>(٤)</sup> . قال ابن عبد البر : لم يرفعه من روايته حجة ، وقد روى من غير طريقه ، ولم تذكر فيه

(١) و (٢) سورة النور آية ٥ .

(٣) أخرجه مسلم عن أبي مسعود عقبة بن عمرو ونسبه ج ١ ص ٤٦٥ قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم «يؤم القوم أفرؤم لكتاب الله، فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سلاً (أى إسلاماً) ولا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه، ولا يقعد في بيته على تكريمه إلا بإذنه» قال الأشج — أحمد رواة الحديث — (مكان سلاً) : سنأ . ومفاد الحديث أن صاحب البيت والمجلس وإمام المسجد أحق من غيره لأنه موضع سلطانه . والتكرمة : ما يختص به صاحب المنزل من فراش أو وسادة أو سرير ونحوه . (ف) .

(٤) قال في الزوائد : في إسناده حجاج بن أرطاة مدلس وقد رواه بالعنعنة . (ف) .

هذه الزيادة ، فدل ذلك على أنها من غلظه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يقب بدليل كل محدود نائب سوى هذا .

وأما الفصل الثانی : فدليلنا فيه الآية ، فإنه رتب على رمى المحصنات ثلاثة أشياء : إيجاب الجلد ، ورد الشهادة ، والفسق ، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ، ولأن الرمي هو المعصية ، والذنب الذي يستحق به العقوبة ، وثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة ، والحد كقارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكام للقذف فيثبتان جميعاً به ، وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر .

وقولهم : إنما يتحقق بالجلد لا يصح ، لأن الجلد حكم القذف الذي تندر تحقيقه ، فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه وبصير متحققاً بعمده ؟ هذا باطل .

( فصل )

٨٤٣٢

والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنا إذا لم تسكن البيئة تقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعي أن شهادته لا ترد .

ولنا : أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكر : وقال له تب أقبل شهادتك . وروايته مقبولة ، ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكر مع رد عمر شهادته

﴿ مسألة ﴾

٨٤٣٣

قال : ﴿ وتوبته أن يكذب نفسه ﴾

ظاهر كلام أحد والخرق أن توبة القاذف إكذاب نفسه ، فيقول : كذبت فيما قلت ، وهذا منصوص للشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه ، قال ابن عبد البر : وعن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في قوله تعالى : ( إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ <sup>(١)</sup> ) قال : توبته إكذاب نفسه ، ولأن عرض المذنب تلوث بقذفه ، فكذابه نفسه يزيل ذلك التلوث فتكون التوبة به .

وذكر القاضي أن القذف إن كان سبباً فالتوبة منه إكذاب نفسه ، وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول : القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، قال : وهو المذهب لأنه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب .



والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والإقرار ببطان ما قاله ونحرجه وأنه لا يعود إلى مثله . وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إما كذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة أو سب ، لأنه قد يكون كاذباً في الشهادة صادقاً في السب .

ووجه الأول أن الله تعالى سمي القاذف كاذباً إذا لم يأت بأربعة شهداء على الإطلاق بقوله سبحانه : ( وَلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ <sup>(١)</sup> ) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب في حكم الله وإن كان في نفس الأمر صادقاً .

(فصل)

٨٤٣٤

وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته ، بدليل قوله تعالى ( وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا الذُّنُوبَ مِنْ رَبِّهِمْ وَمَنْ يَغْفِرِ اللَّهُ لَهُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ \* أُولَئِكَ جَزَاؤُهُمْ مَغْفِرَةٌ مِنْ رَبِّهِمْ <sup>(٢)</sup> ) الآية . وقال ( وَمَنْ يَمَثَلِ سُوءَ أَوْ يَظْلِمِ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَحْبِبِ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا <sup>(٣)</sup> ) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقال عمر رضي الله عنه « بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه ما فات ، ويحبي فيه ما آتات ، ويبدل الله سيئاته حسنات <sup>(٤)</sup> » .

والتوبة على ضربين : باطنة وحكمية .

فأما الباطنة : فهي ما بينه وبين ربه تعالى ، فإن كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم ، كقبلة أجنبية أو اختلاوة بها ، وشرب مسكر ، أو كذب ، فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الندم توبة <sup>(٥)</sup> » وقيل : التوبة للنصوح تجمع أربعة أشياء : للندم بالقلب ، والاستغفار باللسان ، وإصرار أن لا يعود ، ومجانبة خطاء السوء .

وإن كانت توجب عليه حقاً لله تعالى أو لأدمي ، كنعك الزكاة ، والنصب ، فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه ، بأن يؤدي الزكاة ، ويرد المنصوب أو مثله إن كان مثلياً وإلا قيمته . وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه .

فإن كان عليه فيها حق في البدن ، فإن كان حقاً لأدمي كالفصام وحسد القذف اشترط في التوبة

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) سورة آل عمران آية ١٣٥ ، ١٣٦ (٣) سورة النساء آية ١١٠

(٤) في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٨ (بقية عمر المرء) وفي النفي ها (للمؤمن) بدل (للمرء) (ف) .

(٥) الندم توبة أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم عن ابن مسعود (ف) .

التمسكين من نفسه وبذلها المستحق ، وإن كان حقاً لله تعالى كخد الزنا وشرب الخمر فتوبته أيضاً بالندم والعزم على ترك العود ، ولا يشترط الإقرار به . فإن كان ذلك لم يشتهر عنه ، فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستر بستر الله تعالى ، فإنه من أبدى لنا صفحته أقنأ عليه الحد<sup>(١)</sup> » فإن الغامدية حين أقرت بالزنا لم يفكر عليها النبي صلى الله عليه وسلم ذلك .

وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضي أن الأولى الإقرار به ليقام عليه الحد ، لأنه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه . والصحيح أن ترك الإقرار أولى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار ، فعرض لماعز<sup>(٢)</sup> وللمقر<sup>(٣)</sup> عنده بالسرق بالرجوع مع اشتهاه عنه بإقراره ، وكره الإقرار حتى إنه قيل لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رماداً ، ولم يرد الأمر بالإقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس ، إنما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الإقرار ، وقال لهزال وكان هو الذي أمر ماعزاً بالإقرار « يا هزال لو سترته بشوبك كان خيراً لك »<sup>(٤)</sup> .

وقال أصحاب الشافعي : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد ، وليس بصحيح لما ذكرنا ، ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار ، وهي تجب ما قبلها كما ورد في الأخبار مع ما دلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الإصرار .

وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها ، والرجوع عنها ، واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها .

( ١ ) أخرجه مالك عن زيد بن أسلم مراسلج ٢ ص ١٦٩ وأخرجه الحاكم عن ابن عمر ( ف )

( ٢ ) عن ابن عباس قال : لما أتى ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم قال له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؟ قال : لا يا رسول الله . قال : أفنسكنها لا يكنى ؟ قال : نعم : فعند ذلك أمر برجه . رواه أحمد والبخاري وأبو داود ( ف )

( ٣ ) عن أبي أمية الخزومي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى باص فاعترف اعترافاً ولم يوجد معه المتاع ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما إخالك سرقت ؟ قال : بلى . مرتين أو ثلاثاً . قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقطعوه ثم جيئوا به . قال : فقطعوه ثم جاءوا به ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل : أستغفر الله وأتوب إليه ، فقال : أستغفر الله وأتوب إليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم تب عليه . رواه أحمد وأبو داود ( ف )

( ٤ ) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٤٦ وأحمد ج ٥ ص ٢١٧ والحاكم عن نعيم بن هزال في قصة ماعز بعد أن وطئ جارية هزال فطلب منه أن يعرض أمره على الرسول صلى الله عليه وسلم خدعة منه ، فلما ذهب ماعز ورجع قال الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك لهزال ( ف )

٨٤٣٥

(فصل)

ظاهر كلام أحد والخرق أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته في النكاح إصلاح العمل ، وهو أحد القولين للشافعي ، وفي القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ، ولم يكمل عدد الشهود ، فإنه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح ، وما عداه فلا تسكني التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويقين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد ، لأن الله تعالى قال ( إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا )<sup>(١)</sup> وهذا نص فإنه نهي عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ، ولأن عمر رضى الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة .

ولنا : قوله عليه السلام « التوبة تجب ما قبلها » وقوله « التائب من الذنب كمن لا ذنب له »<sup>(٢)</sup> ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الأحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى .

فأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ، ودليل ذلك : قول عمر لأبي بكر « تب أقبل شهادتك » ولم يعتبر أمراً آخر ، ولأن من كان غاصباً فرد ما في يديه ، أو مانعاً للزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الإصلاح ، وعلم نزوحه عن معصيته بأداء ما عليه ، ولولم يرد التوبة ما أدى ما في يديه ، ولأن تقييده بالسنة تحسب لم يرد الشرع به ، والتقدير إنما يثبت بالتوقيف ، وما ورد عن عمر في حق صبيغ<sup>(٣)</sup> إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والمجران ، فيحتمل أنه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا .

وقد ذكر الفاضل أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قال : ومن علامة توبته أن يحتجب من كان يواليه من أهل البدع ، ويوالى من كان يماذيه من أهل السنة . والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه . وللعلم أن يقول للمظاهر بالمعصية : تب أقبل شهادتك .

(١) سورة النور آية ٥

(٢) « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » أخرجه ابن ماجة عن ابن مسعود ، وأخرجه الطبراني وأبو نعيم في الحلية عن أبي سعيد (ف) .

(٣) كان صبيغ بن عسل يسأل عن للشاب فضربه عمر بهراجين النخل حتى دمي رأسه فقـال : حسبك يا أمير المؤمنين قد ذهب الذي كنت أجده في رأسي ، ففناه إلى البصرة حتى صلح حاله . (ف)

قال مالك : لا أعرف هذا ، قال الشافعى : وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتوبة ،  
وقاله عمر لأبي بكر ؟

### ﴿مسألة﴾

٨٤٣٦

قال : (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل ، وردت عليه لم تقبل منه في حال عدالته) .  
وجملته : أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لنفسه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن  
له أن يقبلها . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور والزننى وداود : تقبل . قال ابن المنذر :  
والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه .  
ولنا : أنه منهم في أدائها لأنه يعبر بردها ، ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص بتغير به ،  
وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار ، فتلحقه التهمة في أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة  
لتقبل ، فيزول ما حصل بردها ، ولأن الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد ، فعند ذلك نقول :  
شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد ، لأن ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد . وفارق ما إذا  
ردت شهادة كافر لكفره ، أو صبي لكفره ، أو عبد لرقه ، ثم أسلم الكافر ، وبلغ الصبي ، وعتق العبد ،  
وأعادوا تلك الشهادة ، فإنها لا ترد ، لأنها لم تردّ أولاً بالاجتهاد ، وإنما ردت باليقين ، ولأن البلوغ والحرية  
ليسا من فعل الشاهد فيتم في أنه فعلهما لتقبل شهادته . والكافر لا يرى كفره عاراً ، ولا يترك دينه من  
أجل شهادة ردت عليه .

وقد روى عن النخعي والزهري وقفاة وأبي الزناد ومالك أنها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ .  
وعن أحمد رواية أخرى كذلك ، لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً . وقد ذكرنا ما يقتضى  
فرقاً بينهما فيفرقان ، وروى عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ،  
وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل . لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق .

### (فصل)

٨٤٣٧

وإن شهد السيد لمساكنه ، فردت شهادته ، أو شهد وارث لورثته بالجرح قبل الاندمال ، فردت  
شهادته ، ثم عتق المساكين ، وبرأ الجرح ، وأعادوا تلك الشهادة فقبولها وجهان :  
أحدهما : تقبل ؛ لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبّ بالبلوغ ، ولأن ردها بسبب لا عار  
فيه ، فلا يتم في قصد نفي العار بإعادتها بخلاف الفسق .

والثاني : لا تقبل ؛ لأنه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده . والأول أشبه بالصحة ، فإن الأصل  
قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع . ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من

الفرق . ويخرج على هذا كل شهادة مردودة ، إما للتهمة أو لعدم الأهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الأهلية ، فهل تقبل ؟ على وجهين .

### ﴿مسألة﴾

٨٤٣٨

قال : ﴿ وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت منه ﴾ . وذلك لأن التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الإسلام ، لأنه لا تهمة في ذلك ، وإنما يعتبر ذلك في الأداء ، فإذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه ، وهكذا الصبي والكافر إذا شهد بعد الإسلام والبلوغ قبلت . وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن<sup>(١)</sup> ، والحسين<sup>(٢)</sup> ، وابن عباس<sup>(٣)</sup> ، والذئبان ابن بشير<sup>(٤)</sup> ، وابن الزبير<sup>(٥)</sup> ، وابن جعفر<sup>(٦)</sup> ، والشهادة في معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتمدة للشهادة .

( ١ ) الحسن هو ابن علي بن أبي طالب وابن فاطمة بنت النبي صلى الله عليه وسلم ، ولد في نصف شهر رمضان سنة ثلاث من الهجرة ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث حفظها عنه وقد روى له في السنن الأربعة ، مات مسموماً سنة تسع وأربعين أو خمسين ( ف ) .

( ٢ ) الحسين بن علي بن أبي طالب شقيق الحسن ، ولد في رواية في شعبان سنة أربع . قال جعفر بن محمد : لم يكن بين الحمل بالحسين بعد ولادة الحسن إلا طهر واحد ، وقد روى أحاديث أخرجهما له أصحاب السنن . استشهد بسكر بلاء يوم عاشوراء سنة إحدى وستين ( ف ) .

( ٣ ) عبد الله بن عباس ، وعبد الله ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد ولد قبل الهجرة بثلاث سنين دعا له النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اللهم فقهِه في الدين وعلمه التأويل ، وهو من المكثرين في الرواية الذين رووا فوق الألف . مات بالطائف سنة ثمان وستين وصلى عليه محمد بن الحنفية ( ف )

( ٤ ) النعمان بن بشير الأنصاري الخزرجي أول مولود للأَنْصار بعد الهجرة ، له مائة وأربعة وعشرون حديثاً ، اتفق البخاري ومسلم على خمسة ، وانفرد البخاري بحديث ، وانفرد مسلم بأربعة . قتل بالشام يوم راحط سنة ٦٤ كما في الخلاصة ٤٠٢ ( ف )

( ٥ ) عبد الله بن الزبير بن العوام أول مولود للمسلمين بعد الهجرة وحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير . اتفق البخاري ومسلم على حديث ، وانفرد البخاري بستة ، وانفرد مسلم بحديثين . قتل بمكة سنة ثلاث وسبعين ( ف )

( ٦ ) عبد الله بن جعفر أول من ولد بأرض الحبشة من المسلمين . قال ابن حبان : كان يقال له قطب السخاء ، كان له عند موت النبي صلى الله عليه وسلم عشر سنين ، وأمه أسماء بنت عميس الخنعمية أخت ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين لأُمها ، وقد تزوجت أمه بعد وفاة أبيه أبابكر الصديق ثم علياً . مات سنة ثمانين عام الجحاف وهو سبل كان يوطن مكة جحف الحاج وذهب بالإبل وعليها الحولة ( ف )

٨٤٣٩

## ﴿مسألة﴾

قال : ﴿ ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه ما لا تجوز شهادته معه لم يحكم بها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشاهدين إذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو كفرا لم يحكم بشهادتهما ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعي . وقال أبو ثور والمزني : يحكم بها لأن بقاء أهلية الشهادة ليس شرطاً في الحكم بدليل ما لو ماتا ، ولأن فسقهما تجدد بعد أداء الشهادة فأشبه ما لو تجدد بعد الحكم بها . ووجه ذلك من طريقين :

أحدهما : أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم ، لأن الشروط لا بد من وجودها في الشروط ، وإذا فسق انتفى الشرط فلم يحز الحكم .

والثاني : أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لأن العادة أن الإنسان يُسِرُّ الفسق ويظهر العدالة ، والزندق يُسِرُّ كفره ويظهر إسلامه ، فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشهادة ، فلم يحز الحكم بها مع الشك فيها . فأما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم يُنْقَضْ ، لأن الحكم وقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ، ولأنه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك ، كما لو رجع عن الشهادة ، وكما لو صلى بالتيمة ثم وجد الماء ، لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حداً لله تعالى لم يحز استيفاءه بالشبهات لأنه يدرأ وهذا شبهة فيه ، فأشبه ما لو رجع عن الإقرار به قبل استيفائه ، وإن كان مالا استوفى ، لأن الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بأمر ظاهر الصفة فلا يبطل بأمر محتمل ، ولذلك لم يبطل رجوعه عن إقراره . وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين :

أحدهما : يستوفى ، وهذا قول أبي حنيفة ، لأنه حق آدمى مطالب به أشبه المال .

والثاني : لا يستوفى ، وهو قول محمد ، لأنه عقوبة على البدن تدرأ بالشبهات أشبه الحد . وللشافعي وجهان كهذين ، وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق ، لأن الحق استوفى بما ظاهره الصفة وسوغ الشرع استيفاءه ، فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شيء .

## ( فصل )

٨٤٤٠

فأما إن أدبا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما ، سواء ثبتت عدالتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره ، وكذلك إن جنوا أو أغنى عليهم ، وبهذا قال الشافعي ، لأن الموت لا يؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ، ولا يحتمل أن يكون موجوداً حال أداء الشهادة ، والجنون والإغماء في معناه بخلاف الفسق والكفر .

٨٤٤١

﴿مسألة﴾

قال : ﴿ وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء ، إلا في الحدود إذا كان الشاهد الأول ميتاً أو غائباً ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها : في جوازها .

والثاني : في موضعها .

والثالث : في شرطها .

أما الأول : فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال أبو عبيد : أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء للشهادة على الشهادة في الأموال ، ولأن الحاجة داعية إليها ، فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة ، فوجب أن تقبل كشهادة الأصل .

الفصل الثاني : أنها تقبل في الأموال وما يقصد به المال بإجماع كما ذكر أبو عبيد ، ولا تقبل في حد ، وهذا قول النخعي والشمسي وأبي حنيفة وأصحابه . وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور : تقبل في الحدود وكر حق ، لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل ، فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال .

ولنا : أن الحدود مبنية على السر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار ، والشهادة على الشهادة فيها شبهة ، فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل ، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الأصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل ، فوجب أن لا تقبل فيما يندري بالشبهات ، ولأنها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة إليها في الحد ، لأن سر صاحبه أولى من الشهادة عليه ، ولأنه لا نص فيها ، ولا يصح قياسها على الأموال لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها . ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها .

وظاهر كلام أحمد أنها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف ، لأنه قال : إنما تجوز في الحقوق أما الدماء والحد فلا ، وهذا قول أبي حنيفة .

وقال مالك والشافعي وأبو ثور : تقبل ، وهو ظاهر كلام الخرق لقوله : في كل شيء إلا في الحدود ، لأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الأموال . وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد ، لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة . قال

أحد : ما أحسن ما قال ؟ فجعله أصحابنا رواية في القصاص ، وليس هذا برواية ، فإن الطلاق لا يشبه القصاص . والذهب أنها لا تقبل فيه ، لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الإسقاط فأشبهت الحدود . فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين ، فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق ، فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهو قول الخرق .

وقال ابن حامد : لا تقبل في النكاح . ونحوه قول أبي بكر . فعلى قولها لا تقبل إلا في المال وما يقصد به المال ، وهو قول أبي عبيد ، لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبهه حد القذف . ووجه الأول : أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال ، وبهذا فارق الحدود .

الفصل الثالث في شروطها : ولها ثلاثة شروط :

أحدها : أن تعذر شهادة الأصل لموت ، أو غيبة ، أو مرض ، أو حبس ، أو خوف من سلطان أو غيره ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي . وحكى عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل ، لأنها إذا كانا حين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن أحمد مثل هذا إلا أن القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها . ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف .

ولنا : على اشتراط تعذر شهادة شاهد الأصل أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الأصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة ، فإن سماعه منهما معلوم ، وصدق شاهدي الفرع مظنون ، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق ، وهذه إنما تثبت الشهادة عليه ، ولأن في شهادة الفرع ضمناً لأنه يتطرق إليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الأصل ، واحتمال غلط شاهدي الفرع ، فيكون ذلك وهنا فيها ، ولذلك لم تنتهض لإثبات الحدود والقصاص ، فينبغي أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدي الأصل كسائر الأبدال ، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لأنه خفف فيها ، ولهذا لا يعتبر فيها للعدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ ، والحاجة داعية إليها في حق عموم الناس بخلاف مسائلنا .

ولنا : على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه تعذرت شهادة الأصل فتقبل شهادة الفرع كالومات شاهدي الأصل ، ويخالف الحاضرين فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يحز غير ذلك .

إذا ثبت هذا ، فذكر القاضي أن الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه ، وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي ، لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر ، وقد قال الله تعالى ( وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا



شَهِيدٌ<sup>(١)</sup> وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع .

وقال أبو الخطاب : تعتبر مسافة القصر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله ، لأن ما دون ذلك في حكم الحاضر في الترخيص وغيره بخلاف مسافة القصر ، ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم ، فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل ، فلم يجوز العمل به كالتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ، ولأن حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع ، فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق .

الشرط الثاني : أن يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الأصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه ، لأن الحكم ينبى على الشهادتين جميعاً ، فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما . ولا خلاف في هذا نعله . فإن عدل شهود الفرع شهود الأصل فشهدا بمدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعله ، وإن لم يشهدا بمدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك ، فإن علم عدالتهما حكم ، وإن لم يعرفها بحث عنها ، وبهذا قال الشافعي .

وقال الثوري وأبو يوسف : إن لم يعدل شاهدا الفرع شاهدي الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما ، لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح . لأنه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ، ويجوز أن يعرف عدالتهما ويتركها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ، ولابد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الأصل قبل هذا ، وإن مات شهود الأصل والفرع لم يمنع الحكم ، وكذلك لو مات شهود الأصل قبل أداء الفروع شهادتهم لم يمنع من أدائها والحكم بها ، لأن موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جملة ما نفاً ، وكذلك إن جنوا ، لأن جنونهم بمنزلة موتهم .

الشرط الثالث : أن يعيّن شاهدي الأصل وبسميها ، وقال ابن جرير : إذا قالوا ذكركم حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا ، لأن الفرض معرفة الصفات دون العين ، وليس بصحيح ، لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرها ، ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود ، فإذا لم يعرف أعيانها تعذر عليه ذلك .

الشرط الرابع : أن يسترعيه شاهد الأصل للشهادة ، فيقول : أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان

على فلان كذا ، أو أقر عندي بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعى آخر شهادة يشهده عليها ، فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها للحصول الاسترعاء ، ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه ، وهو قول أبي حنيفة . قال أحمد : لا تكون شهادة إلا أن يشهدك ، فأما إذا سمعته يتحدث فإنبأ ذلك حديث . وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد . فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزبه إلى سبب ، نحو أن يقول أشهد أن فلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب : فيه روايتان .

وذكر القاضي أن له الشهادة به ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الإشكال ، فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه .

والرواية الأخرى : لا يجوز أن يشهد على شهادته ، وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد ، لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه ، ومن نصر الأول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه ، لأنه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته ، فأما إن قال أشهد أني أشهد على فلان بكذا ، فالأشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته ، وهذا قول أبي يوسف ، لأن معنى ذلك أشهد على شهادتي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا أن يقول : أشهد على شهادتي أني أشهد ، لأنه إذا قال أشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه . وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول : أشهد أن فلان على فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه لم يسترعه الشهادة ، فيحتمل أن يكون وعده بها . وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « العِدَّة دَيْنٌ »<sup>(١)</sup> ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به .

فإن قيل : فلو سمع رجلاً يقول لفلان على ألف درهم جاز أن يشهد بذلك ، فكذا هذا .

قلنا : الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الإقرار .

الثاني : أن الإقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول ، وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ، ولأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها . ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها . ولو قال شاهد الأصل : أنا أشهد أن فلان على فلان ألفاً فاشهد به أنت عليه ، لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ، ولا هو شاهد بالحق ، لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد بسببه .

(١) « العدة دين » أخرجه الطبراني في الأوسط عن طي وعن ابن مسعود (ف).

٨٤٤٢

(فصل)

فأما كيفية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة ، فإنه يقول : أشهد أن فلان بن فلان . وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته ، أشهدني أنه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، كذا وكذا ، أو أن فلاناً أقر عندي بكذا ، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها . وإن سمعه يشهد غيره قال : أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، كذا وكذا . وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال : أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا . وإن كان نسب الحق إلى سببه قال : أشهد أن فلان بن فلان قال : أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، من جهة كذا وكذا ، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا في الأداء .

٨٤٤٣

(فصل)

واختلفت الرواية في شرط خامس ، وهو الذكورية في شهود الفرع . فمن أحد : أنها شرط ، فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال ، سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولا . وهذا قول مالك والثوري والشافعي ، لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الأصل دون الحق ، وليس ذلك بحال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال . فأشبهه القصاص والحد .

والثانية : للنساء مدخل فيما لو كان للشهود به يثبت بشهادتهن في الأصل . قال حرب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال : نعم يعني إذا كان معهما رجل .

وذكر الأوزاعي قال : سمعت نعيم بن أوس يميز شهادة المرأة على المرأة . ووجهه : أن المقصود بشهادة القروع ، إثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل فقبلت فيه شهادتهن ، كالبيع . ويفارق الحد والقصاص ، فإنه ليس المقصد من الشهادة به إثبات مال بحال ، فأما شهود الأصل فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول أكثر أهل العلم . وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى ، لأن في الشهادة على الشهادة ضعفا لما ذكرنا من قبل ، فلا مدخل للنساء فيها ، لأنها تزداد بشهادتهن ضعفا .

ولنا : أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهي تثبت بشهادتهم ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ، ولأن النساء شهدن بالمال ، أو ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدینها عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له .

٨٤٤٤

(فصل)

ويجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ، فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل . قال

القاضي : لا يختلف كلام أحد في هذا ، وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري ، وإسحاق والبتى والمغبري وغير بن أوس . وقال إسحاق : لم يزل أهل العلم على هذا ، حتى جاء هؤلاء . وقال أحمد : وشاهد على شاهد يجوز ، لم يزل الناس على ذا : شريح فمن دونه ، إلا أن أبا حنيفة أنكره . وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع . وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل ، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين ، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا : أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبت به فيثبت ، كما لو شهدا بنفس الحق ، ولأن شاهدي الفرع بدل من شهود الأصل ، فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الأصل ، ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ، ولأن شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقاً عليهما ، فوجب أن يقبل فيه قول واحد ، كأخبار الديانات ، فإنهم إنما ينقلون الشهادة وليست حقاً عليهم . ولهذا لو أنكرها لم يمد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما . وهذا الجواب مما ذكره .

فإذا ثبت هذا : فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع ، أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الأصل . وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي . قال الشافعي : ورأيت كثيراً من الحكماء والمفتين يميزه ، وخرجه على قولين :

أحدهما : جوازه .

والآخر : لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع . واختاره المزني ، لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر ، كما لو شهد أصل مع شاهد ، ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر .

ولنا : أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل ، كما لو شهدا بإقرارين بمقين أو بإقرار اثنين ، وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعاً ، لأنه يؤدي إلى أن يكون بدل أصلا في شهادة ، بحق وذلك لا يجوز ، ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر ، فعلى قول الشافعي أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين ، وجب أن يكون شهود الفرع ستة ، وإن كان حق يثبت بأربع نسوة ، فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية ، وإن كان للشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال :

أحدها : لا مدخل لشهادة الفرع في إثباته .

والثاني : يجوز ، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر ، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة .

والثالث: يكفي ثمانية.

والرابع: يكونون أربعة يشهدون على كل واحد.

والخامس: يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل، وهذا لإثبات لحد الزنا بشاهدين

وهو بعيد.

### (فصل)

٨٤٤٥

وإن شهد بالحق شاهداً أصل وشاهداً فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل، وإن شهد شاهد أصل، ثم شهد هو وآخر فرعاً على شاهد أصل آخر لم تعد شهادته الفرعية شيئاً، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد.

### مسألة

٨٤٤٦

قال: ﴿ويشهد على من سمعه يقر بحق، وإن لم يقل للشاهد اشهد على﴾.

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة. فالذهب ما ذكره الخرق، وبه قال الشعمي والشافعي.

وعن أحمد رواية ثانية: لا يشهد حتى يقول له للقر: اشهد على، كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة

رجل حتى يستترعيه إياها، ويقول له: اشهد على شهادتي.

وعنه رواية ثالثة: إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد، وإذا سمعه يقر بدين يشهد، لأن المقر بالدين معترف أنه

عليه، والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون اقترض منه ثم وفاه.

وعنه رواية رابعة: إذا سمع شيئاً فدعى إلى الشهادة، فهو بالخيار إن شاء شهد، وإن شاء لم يشهد. قال:

ولكن يجب عليه إذا أشهد أن يشهد إذا دعى (وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)<sup>(١)</sup> قال: إذا أشهدوا.

وقال ابن أبي موسى: إذا سمع رجل يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد على بذلك وسمع الشاهد، فله أن

يشهد عليه فيقول: أشهد أني حضرت إقرار فلان بكذا، ولا يقول: أشهد على إقراره، وإن سمعه

يقول: افترضت من فلان أو قبضت من فلان، لم يجوز أن يشهد به.. والصحيح: الأول، لأن للشاهد

يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يشهد به، كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال. وذكر

القاضي أن في الأفعال روايتين:

إحداهما: لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه: اشهد، وهذا إن أراد به العموم في جميع الأفعال

فلا يصح، لأن ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليها بالسكينة، فإن الغاصب لا يقول لأحد اشهد على أني

أغصب، ولا السارق، ولا الزاني، ولا القاتل وأشباه هؤلاء. وقد شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة

بالزنا، فلم يقل عمر: هل أشهدكم أو لا؟ ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا من غيرهم، ولا قاله الذين شهدوا

على قدامة بشرب الخمر ، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة . وإن أراد به الأفعال التي تكون بالتراضي ، كالقرض والقبض فيه وفي الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز .

(فصل)

٨٤٤٧

ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً . كان لاشاهدين أن يشهدا بما سمعاهما منها ولم يسقط ذلك شرطهما ، لأن الشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه . وذلك قد حصل له سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها ، وعلى الجنائيات بمشاهدتها ، ولا يحتاجان إلى إظهار . وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي .

(فصل)

٨٤٤٨

والحقوق على ضريين :

أحدهما : حق لآدمي معين ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والمقربات ، كالقصاص وحق القذف ، والوقف على آدمي معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ، لأن الشهادة فيه حق لآدمي ، فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقديمها عليها .

الضرب الثاني : ما كان حقاً لآدمي غير معين ، كالوقف على الفقراء والساكنين ، أو جميع المسلمين ، أو على مسجد ، أو سقاية ، أو مقبرة مسجلة ، أو الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا ، أو ما كان حقاً لله تعالى كالأحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به إلى تقديم الدعوى ، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطلب به ، ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على المنيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقديم دعوى فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الفريقين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار ، أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ، ولو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما ، وبهذا قال الشافعي ، وبه قال أبو حنيفة في الأمة ، وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه ، لأن العتق حقه فأشبهه سائر حقوقه .

ولنا : أنها شهادة بعتق فلا تفتقر إلى تقديم الدعوى كعتق الأمة ، ويخالف سائر الحقوق ، لأنه حق لله تعالى ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول المعتق . ودليل ذلك الأمة ، وما ذكره يبطل بعتق الأمة .

فإن قيل : الأمة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطء .

قلنا : هذا لا أمر له ، فإن المنع يوجب تحريمها عايه ولا تسمع الشهادة به إلا بعد الدعوى .

٨٤٤٩

(فصل)

ومن كانت عنده شهادة لأدمى لم يخل إما أن يكون عالماً بها أو غير عالم ، فإن كان عالماً بها لم يجوز للشاهد أدائها حتى يسأله ذلك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « خير الناس قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يأتي قوم ينفذون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤمنون » رواه البخاري . ولأن أدائها حق للشهود له ، فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه ، وإن كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد أدائها قبل طلبها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذي يأتي بشهادته قبل أن يسأله » رواه مسلم وأبو داود ومالك . وقال مالك : هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له . وهذا الحديث وإن كان مطلقاً فإنه يمتنع حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ، ولأنه إذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها بخلاف العالم بها ، وهذا دذهب الشافعي .

٨٤٥٠

(فصل)

ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها ، فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه . ولو قال : أعلم أو أحق وأتيقن أو أعرف لم يمتد به ، لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة ، فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها ، ولأن فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات ، بدليل أنها تستعمل في اليمين ، فيقال : أشهد بالله ، ولهذا تستعمل في الأمان ولا يحصل ذلك من غيرها ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً .

٨٤٥١

(مسألة)

قال : ﴿ ويجوز شهادة المستخفي إذا كان عدلاً ﴾

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراره ولا يعلم به ، مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سرّاً ، فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به ، فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة . وبهذا قال عمرو بن حريث ، وقال : كذلك يفعل بالخائن والفاجر . وروى مثل ذلك عن شريح ، وهو قول الشافعي . وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته ، وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى . وروى ذلك عن شريح والشعبي لأن الله تعالى قال : ( وَلَا تَجَسَّسُوا <sup>(١)</sup> ) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حدث بمحدث ثم التفت فحى أمانة <sup>(٢)</sup> » يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لانتفاته وحذره ، وقال مالك : إن كان المشهود عايمه ضعيفاً ينخدع لم يقبل عليه ، وإن لم يكن كذلك قبلت .

ولنا : أنهما شهدا بما سمعاهما يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بها .

(١) سورة الحجرات آية ١٢

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي عن جابر بلفظ « إذا حدث الرجل بمحدث ثم التفت فهو أمانة » (ف)

## كتاب الاقضية

## ﴿ مسألة ﴾

٨٤٥٢

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فأقر أحدهما بمائة درهم ديناً على أبيه لأجنبي ، دفع إلى المقر له نصف ما في يده من إرثه من أبيه ، إلا أن يكون المقر عدلاً فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الابن ويأخذ مائة وتسكون المائة الباقية بين الإبيين . »

هذه المسألة في الإقرار من بعض الورثة ، وقد ذكرناها في باب الإقرار ، وأنه إنما يلزم المقر من الذين بقدر ميراثه منه ، وميراثه هاهنا النصف ، فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ، ونصفها الباقي يشهد به على أخيه . فإن كان عدلاً فيشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقي ، لأنه لا تهمة في حق الابن المقر ، فإنه لا يجبر إلى نفسه بهذه الشهادة نفماً ولا يدفع بها ضراً ، وإن شهد أجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعى بما شهدا به له إذا كانا هذين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ، ولا يكتفى بلفظ الإقرار في الشهادة لما ذكرناه من قبل .

وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل أن يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فإن شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق للنكر . وبهذا كله قال الحسن والشمسي والشافعي وابن المنذر . وقال حماد وأصحاب الرأي : المقر به كله في نصيب المقر ، وهو قول الشمسي . وعلى هذا ينبغي أن لا تقبل شهادة المقر بالدين لأنه يجبر بشهادته نفماً إلى نفسه ، وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه ، والإقرار بوصية تخرج من الثالث كالإقرار بالدين فيما ذكرناه .

## ﴿ فصل ﴾

٨٤٥٣

ولو ثبت لرجل على رجل دين بيينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم ، إلا ابن أبي ليلى قال : لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك ، فيحتمل أنه منع من ذلك لثلاث بواطن من يشهد له بدين فيعاص الفرعاء بما شهد له به ثم يقاسمه .

ولذا : أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره ، وذلك لأنه لا يجبر بشهادته إلى نفسه نفماً ولا يدفع بها ضراً ، بل يضر نفسه بها لسكون المشهود له بإحرامه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه ، فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الأجنبي فلم يمنع قبول شهادته .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٤٥٤

قل : ﴿ ولو هلك رجل عن ابنين وله حق يشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فأبى الوارثان أن



يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق ، فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفن إلى الغريم .

وجملته : أن الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته ديناً له على رجل فأنكر ، فأقاموا شاهداً عدلاً وحلفوا معه ، حكم بالدين للميت ، ثم تقضى منه ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من الثلث إلا أن يحيز الورثة . فإن أبى الورثة أن يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت . وبهذا قال إسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد . وقال في القديم : للغريم أن يحلف ويستحق . وهذا قول مالك ، لأن حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قديم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث .

ولنا : أن الدين للورثة دون الغريم ، فلم يكن له أن يحلف عليه ، كالمو لم يستغرق الدين ميراثه . والدليل على أنه لو ارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى بها ، ولأن حق الغريم في ذمة الميت والدين للميت ، ولهذا يشهد الشاهد بأن الدين للميت ، والذي يحلف معه إنما يحلف على هذا ، ولا يجوز للغريم أن يحلف على ذمة المدعى عليه ديناً بالاتفاق ، فلم يحز أن يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل اليمين للمالك ، ولا يلزم على هذا الوكيل ، لأنه يحلف على فعل نفسه ، ولأن الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين إلى الورثة ، ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع إليهم . وهكذا لو وصى الميت لإنسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن الموصى له أن يحلف لما ذكرناه .

### ( فصل )

٨٤٥٥

فإن حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين إلا قدر حصته . وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لأبيهم أو ديناً وأقاموا شاهداً لم يثبت جميعه إلا بأيمان جميعهم ، وإن حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة ، لأنه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ، ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضى من دين أبيه بقدر ما ثبت له ، فإن كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير وبمقل المعتوه ، لأنه لا يمكن أن يحلف على حاله ولا يحلف وليه لسكون اليمين لا تدخلها النيابة .

وإن كان فيهم أخرس مفهوم الإشارة حلف وأعطى حصته ، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه أيضاً . فإن مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق ، فإن طالب أولياؤهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويمقل الأخرس الإشارة أو بإقامة كفيل لم يجابوا إلى ذلك ، لأن الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق .

### ( فصل )

٨٤٥٦

وزكاة الميت يثبت الملك فيها لورثته ، وسواء كان عليه دين أو لم يكن . نص عليه أحمد فيمن أفلس

ثم مات قال : قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكه لهم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الدين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة ، فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها .

وقال أبو سعيد الأصمخري : يمنع بقدره . وقد أوماً أحد إلى مثل هذا ، فإنه قال في أربعة بنين ترك أبوم داراً وعليه دين فقال أحد البنين : أنا أعطى ودعوا لي الربع ، فقال أحد : هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدين . وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده لأنه يمنع الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته ، لأن الدين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة . والمذهب الأول .

ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف على دين الميت ، وذلك لأن الدين محل الدية ، وإنما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ، ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ، ولا يكون تمام التركة لهم . ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لأحد . لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لأنها لو انتقلت إليهم لزمهم نفقة الحيوان ، وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم . ولا يجوز أن تبقى للميت ، لأنه لم يبق أهلاً للذك ، ولا يجوز أن لا تكون لأحد لأنها مال مملوك فلا بد من مالك ، ولأنها لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يملكها كسائر المباحات ، فنبت أنها انتقلت إلى الورثة .

فعلى هذا : إذا نمت التركة ، مثل أن غلت الدار ، وأثمرت النخيل ، ونمت الماشية ، فهو للوارث بفرد به ، لا يتعلق به حق الغرماء ، لأنه تمام ملكه ، فأشبهه كسب الجاني . ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء كتماء الرهن . ومن اختار الأول قال : يتعلق الحق بالرهن أكد ، لأنه ثبت باختيار المالك ورضاه ، ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني .

وعلى الرواية الأخرى : يكون تمام التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج إليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة يبيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الأولى تصرفهم صحيح ، فإن قضوا الدين وإلا نقضت تصرفاتهم ، كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دين الجناية . وعلى الرواية الأخرى تصرفاتهم فاسدة ، لأنهم تصرفوا فيما لم يملكوه .

### ( فصل )

٨٤٥٧

إذا خاف ثلاثة بنين وأبوين ، فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم في صحته ، وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفاً عليهم وسقط حق الأبوين ، وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الأبوان وكان نصيبهما طلقاً لهما ونصيب البنين وقفاً عليهم بإقرارهم ، لأنه ينفذ بإقرارهم ، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء ، قضى دينه ونفذ وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين

كان وفقاً عليهم بإقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وفقاً عليه والباقي يقضى منه الدين ، وما فضل يكون ميراثاً ، فما حصل للأبنين منه كان وفقاً عليهما ، ولا يرث الحالف شيئاً ، لأنه يمتزف أنه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه .

وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركاً ، فإن كان مرتباً ، فإذا انقرض الأولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين ، لأنه قد ثبت كونه وفقاً بالشاهدين ويمين الأولاد ، فلم يحتج من انتقل إليه إلى بينة ، كما لو ثبت بشاهدين ، وكالمال الموروث ، وكذلك إذا انقرض الأولاد ورجع إلى الساكنين لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه .

وإن انقرض أحد الأولاد انتقل نصيبه منه إلى إخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله إليه بغير يمين لما ذكرنا . فإن امتنع البطن الأول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وفقاً عليهم بإقرارهم ، فإذا انقضوا كان ذلك وفقاً على حسب ما أقروا به . فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهداً لتسكون جميع الدار وفقاً لنا فلم ذلك ، لأنهم ينتقلون الوقف من الواقف فاهم إثباته كالبطن الأول ، فأما إن حلف أحد البدين ونكل أخواه ثم مات الحالف نظرت ، فإن مات بعد موت إخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً ، وإن مات في حياة إخوته ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : ينصرف إلى إخوته ، لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول .

والثاني : ينتقل إلى أولاده ، لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدمين .

والثالث : يصرف إلى أقرب عصبية الواقف ، لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثاني لما ذكرنا ، فيصرف إلى أقرب عصبية الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثاني . والأول : أصبح ، لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجعة عليه ، ولذلك لو اعترف لها الأباوان ثبت الوقف من غير يمين ، وما هنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف إليهما للحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له .

فإن قيل : فإذا كان البطن الثاني صغيراً فما حصل الاعتراف منهم .

قلنا : قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجعة بيمينه ، وبالبينة التي ثبت بها الوقف ، وبها يستحق البطن الثاني ، فاكتمى بذلك في انتقاله إلى الأخوين ، كما يكفي به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين . وبدل على صحة هذا أننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه ، فيجب أن يكفي به فيه .

فأما إن كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه ، انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً ، لأنه لا منازع لهم فيه ، وإن مات من غير ولد انتقل إلى أخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران .

الحال الثانى : إذا كان الوقف مشتركاً ، وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ماتناسلوا فقد شرك بين البطون . ففي هذه الحال إذا حلف أولاده للثلاثة مع شاعدهم ، ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة . وإن كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق ، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة ، لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وإن كان صغيراً أو حدث لأحد البنين وقد يشاركهم في الوقف ، أو كان أحد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ، ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع ، لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة .

فإن قيل : فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين محترفين له بذلك فيكفى باعترافهم ، كما لو كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فإنه يسلم إلى وليه ؟

قلنا : الفرق بينهما أن الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب<sup>(١)</sup> على أحد منهم فيها يمين ، وهذه يتازعهم فيها الأبوان وأصحاب الديون والوصايا ، وإنما يأخذونها بأيمانهم ، فإذا أقرؤا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا بيمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين . ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن ، فإنه لا يشاركهم أحد من البطن الثانى ، فإذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه لحلف كان له ، وإن امتنع نظرت ، فإن كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثاً ، كما لو كان بالفا فامتنع من اليمين ، فإن حدث بعد أيانهم وثبت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً ، لأن الوقف ثبت في جميع الدار بأيمان البنين ، فلا يبطل بامتناع من حدث إلا أنه إن أقر أنها ليست وفقاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نماء الميراث ، وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له .

وقال القاضى : إن امتنع من اليمين رد نصيبه إلى الأولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها ، لأنه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ، ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم ، فتعين رد نصيبه إليهم .

ولنا : أنه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين ثبت الوقف ، فلم يجوز أن يثبت

(١) لم الأنسب أن يقول ( ولا يجب على أحد منهم فيها يمين ) . ( ف )

الوقف في نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وإن كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم ، فلم يجوز لهم أخذ نصيبه كالمو أقرؤا له بمال ، ولأنهم يقرون بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف ، فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك .

وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيما ذكرنا . وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه لليت ، وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الأصلي .

وقال القاضي : إن بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ، ويقسم بين البالغين وورثة الميت ، لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لأنهما مستحقا الوقف .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤٥٨

قال : ﴿ ومن ادعى دعوى وذكر أن ينفقه بالبعد منه ، خلف المدعى عليه ، ثم أحضر المدعى ينفقه ، حكم بها ، ولم تسكن اليمين مزيلة للحق ﴾ .

وجملته : أن المدعى إذا ذكر أن ينفقه بعيدة منه ، أو لا يمكنه إحضارها ، أو لا يريد إقامتها ، فطالب اليمين من المدعى عليه أحلف له ، فإذا حلف ثم أحضر المدعى بيته حكم له ، وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق . وحكى عن ابن أبي ليلى وداود أن ينفقه لا تسمع ، لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة للمدعى ، كما لا تسمع بيمين المدعى عليه بعد بيته المدعى . ولنا : قول عمر رضى الله عنه « البينة الصادقة أحب إلى من اليمين الفاجرة » وظاهر هذه البينة الصدق ، ويلزم من صدقها لجور اليمين المتقدمة فتكون أولى ، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين . وما ذكروه لا يصح ، لأن البينة الأصل واليمين بدل عنها . ولهذا لا نشرع إلا عند تعذرها . والبديل يبطل بالقدرة على المبدل ، كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البديل . وبطلان الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ، ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها .

### ( فصل )

٨٤٥٩

فإن طلب المدعى حبس المدعى عليه ، أو إقامة كنفيل به إلى أن تحضر ينفقه البعيدة ، لم يقبل منه ، ولم يكن له ملازمة خصمه ، نص عليه أحمد ، لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ، ولا يقيم به كفيلاً ، ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوماً لم يتوجه عليه حق ، ولأنه لو جاز ذلك لتمسك كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق .

وإن كانت ينفقه قريبة فله ملازمته حتى يحضرها ، لأن ذلك من ضرورة إقامتها ، فإنه لو لم يتمكن

من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن إقامتها إلا بحضرته ، ولأنه لما تمكن من إحضاره مجلس الحاكم ليقم البيعة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البيعة . وتفارق البيعة البعيدة أو من لا يمكن حضورها ، فإن إقامته الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه .

### ( فصل )

٨٤٦٠

ولو أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ، ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضى بها لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن قال المدعى : لى بيعة حاضرة وأريد إحلاف المدعى عليه ثم أقيم البيعة عليه فقيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، ويستحلف خصمه ، لأنه يملك استخلافه إذا كانت بينته بعيدة ، فكذلك إذا كانت قريبة ، ولأنه لو قال : لا أريد إقامة بينتي القريبة ملك استخلافه ، فكذلك إذا أراد إقامتها .

الثاني : لا يملك استخلافه ، لأن في البيعة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ، ولأن البيعة أصل واليمين بدل ، فلا يجمع بين البدل والأصل كالتيميم مع الماء ، وفارق البعيدة فإنها في الحال كالمعدومة للمعجز عنها ، وكذلك التي لا يريد إقامتها ، لأنه قد تكون عليه مشقة في إحضارها ، أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التي يريد إقامتها .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤٦١

قال : ﴿ واليمين التي يبرأ بها للمطلوب هي اليمين بالله ، وإن كان الخالف كافراً ﴾ .  
وجماته : أن اليمين للشريعة في الحقوق التي يبرأ بها للمطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم ، إلا أن مالكاً أحب أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ، وإن استحلف حاكم بالله أجزأ . قال ابن المنذر : هذا أحب إلينا لأن ابن عباس روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلف رجلاً فقال له : قل : والله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء <sup>(١)</sup> » رواه أبو داود . وفي حديث عمر حين حلف لأبي قال : « والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبي فيها شيء » .

وقال الشافعي : إن كان المدعى تصاصاً أو عتاقاً أو حداً أو مالاً يبلغ نصاباً غلظت اليمين ، فيحلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وقيل في القسامة : عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور . وهذا اختيار أبي الخطاب . وذكر القاضي أن هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط .

(١) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٢٨٠ عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : — يعني لرجل حلفه —  
أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء يعني للمدعى . (ف)

ولنا : قول الله تعالى : « تَخْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ سَمْنًا »<sup>(١)</sup> وقال تعالى : « فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشِمَّاكُنَا أَحقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهَا »<sup>(٢)</sup> وقال تعالى في اللعان : « فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ »<sup>(٣)</sup> وقال تعالى : « وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ »<sup>(٤)</sup> قال بعض أهل التفسير : من أقسم بالله فقد أقسم جهداً اليمين .

واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم ركانة بن عبد يزيد<sup>(٥)</sup> في الطلاق ، فقال : « الله ما أردت إلا واحدة » وفي حديث الحضرمي والسكندی : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألك بينة ؟ قال : لا ولكن أحلفه ، والله ما يعلم أنها أرضى غصبتها »<sup>(٦)</sup> رواه أبو داود .

وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه . ولأن في الله كفاية ، فوجب أن يكتفى باسمه في اليمين كما وضع الذي سلوه .

فأما حديث ابن عباس وعمر فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك ، وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده ، وما ذكره الباقر فتنحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه .

إذا ثبت هذا فإن اليمين في حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى ، لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى : « فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ »<sup>(٧)</sup> ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان حالماً فليحلف بالله أو ليصمت »<sup>(٨)</sup>

(فصل — ل)

٨٤٦٢

وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، امرأة أو رجلاً ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى عليه »<sup>(٩)</sup>

وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال : « قال كان بيني وبين رجل من اليهود أرض ، فجحدني ،

(٢) سورة المائدة آية ١٠٧

(٤) سورة النور آية ٥٣

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٣) سورة النور آية ٦

(٥) أخرجه أبو داود ج ١ ص ٥١١ (ف) .

(٦) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٢٨٠ « قال : لا ، ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضى اغتصبها أبوه » (ف) .

(٧) سورة المائدة آية ١٠٦

(٨) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر ، ومطلع الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه قال : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالماً فليحلف بالله أو ليصمت » (ف) .

(٩) أخرجه الترمذي عن ابن عمرو (ف) .

فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك بينة ؟ قلت : لا ، قال لليهودى : احلف . قلت : إذا يحلف فيذهب بمالى ، فأنزل الله عز وجل : ( إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا )<sup>(١)</sup> إلى آخر الآية . رواه البخارى وأبو داود وابن ماجه . وفى حديث الحضرمى « قلت : إنه رجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه . قال : ليس لك منه إلا ذلك » .

﴿ ————— آله ﴾

٨٤٦٣

قال : ﴿ إلا أنه إن كان يهوديًا قيل له : قل : والله الذى أنزل التوراة على موسى . وإن كان نصرانيًا قيل له : قل : والله الذى أنزل الإنجيل على عيسى . وإن كان لم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها ﴾

ظاهر كلام الخرقى رحمه الله أن اليمين لا تغلظ إلا فى حق أهل الذمة ، ولا تغلظ فى حق المسلمين ، ونحو هذا قال أبو بكر .

ووجه تغليظها فى حقهم ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نشتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدون فى التوراة على من زنى ؟ »<sup>(٢)</sup> رواه أبو داود . وكذلك قال الخرقى : تغلظ بالمكان ، فيحلف فى المواضع التى يعظمها ويتوقى الكذب فيها ، ولم يذكر التغليظ بالزمان .

وقال أبو الخطاب : إن رأى التغليظ فى اليمين فى اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك . قال : وقد أوماً إليه أحمد فى رواية لليمونى ، وذكر التغليظ فى حق المجوسى . قال فيقال له : قل : والله الذى خلقنى ورزقنى . وإن كان وثنيًا حلفه بالله وحده . وكذلك إن كان لا يعبد الله ، لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من كان حالماً فليحلف بالله أو ليصمت »<sup>(٣)</sup> ولأن هذا إن لم يكن يعتد هذه يميناً فإنه يزداد بها إثمًا وعقوبة ، وربما عجلت عقوبته ، فيتمتع بذلك ويعتبر به غيره . وهذا كله ليس بشرط فى اليمين ، وإنما للحاكم فصله إذا رأى .

ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده : مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وثريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور وعالك والثورى وأبو عبيد .

(١) سورة آل عمران آية ٧٧

(٢) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٨١ ( انشدكم بالله ) والمعنى أسألكم وأنتم عليكم بالله ( ف ) .

(٣) من نحرجه قريباً ( ف ) .



ومن قال لا يشرع التغليب بالزمان والمكان في حق مسلم : أبو حنيفة وصاحبه . وقال مالك والشافعي : تغلظ ، ثم اخطأ . فقال مالك : يحلف في المدينة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويحلف قائماً ، ولا يحلف قائماً إلا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ، ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم .

وقال الشافعي : يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة ، وفي المدينة عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر ، وعند الصخرة في بيت المقدس ، وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ، ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعداً ، وتغلظ في الطلاق والعقاق والحد والقصاص . وهذا اختيار أبي الخطاب . وقال ابن جرير : تغلظ في القليل والكثير ، واحتجوا بقول الله تعالى : ( تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله )<sup>(١)</sup> قيل : أراد بعد العصر .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف على منبري هذا يمين آئمة فليتبوأ مقعده من النار »<sup>(٢)</sup> فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيده اليمين .

وروى مالك ، قال : اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم ، فقال زيد : أحلف له مكاني ، فقال مروان : لا والله إلا عند مقاطع الحقوق . قال : فجعل زيد يحلف إن حقه لحق وبأي أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يوجب .

ولنا : قول الله تعالى ( فَأَخْرَانِ بَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولِيَّانِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا )<sup>(٣)</sup> ولم يذكر مكاناً . ولا زمناً ولا زيادة في اللفظ . واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم ركناً<sup>(٤)</sup> في الطلاق فقال « آله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال : الله ما أردت إلا واحدة . ولم يغلظ بيمينه بزمن . ولا مكان ولا زيادة لفظ . وسائر ما ذكرنا في التي قبلها .

وحلف عمر لأبي حين تحاكا إلى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد . وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بمته وما به داء تملعه ؟ وفيما ذكره تقييد لطلاق هذه النصوص ، ومخالفة الإجماع ، فإن ما ذكرنا عن الخليفة عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر ، وهو في محل الشهرة فكان إجماعاً .

#### (١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) أخرجه ابن ماجه عن جابر بن عبد الله ولفظه ج ٢ ص ٧٧٩ باب اليمين عند مقاطع الحقوق : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بيمين آئمة عند منبري هذا فليتبأ مقعده من النار ولو على سواك أخضر » قال السدي في حاشيته ج ٢ ص ٥٣ « لعل التقييد بالأخضر بناء على أنه يستبعد الاختصاص بين الماقلين في مثله » (ف) .

#### (٣) سورة المائدة آية ١٠٧

(٤) سبق نخرجه قريباً (ف) .

وقوله تعالى: (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ) <sup>(١)</sup> إنما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر <sup>(٢)</sup> ، وهي قضية خواف فيها القياس في مواضع منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استخلاف الشاهدين ، ومنها استخلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف يحتجون بها ؟

ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليقين ولم يقيد بها . والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خواف فيه القياس وترك العمل به .

وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليقين عند المنبر ، إنما فيه تغليظ اليقين على الحالف عنده ، ولا يلزم من هذا الاستخلاف عنده . وأما قصة مروان فن الدجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها . وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهما وأعرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان ، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة ؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبي صلى الله عليه وسلم وإطلاق كتاب الله تعالى ، وهذا مالا يجوز .

ولما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذي لاستخلاف النبي صلى الله عليه وسلم اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » <sup>(٣)</sup> ، وقول الله تعالى في حق السكتانيين (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ) <sup>(٤)</sup> ولأنه روى عن كعب بن سور في نصراني قال : اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل في حجره والتوراة على رأسه . وقال الشعبي في نصراني : اذهب به إلى البيعة فاستخلفه بما يستخلف به مثله . وقال ابن المنذر : لا أعلم حجة توجب أن يستخلف في مكان بغيره ولا بيمين غير الذي يستخلف بها المسلمون .

وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب ، إلا أن ابن الصباغ ذكر أن في وجوب التغليظ بالمكان قوانين للشافعي ، وخالفه ابن الماص . فقال : لا خلاف بين أهل العلم في أن القاضي حيث استخاف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز ، وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحساناً .

#### (١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) في نسخة الشيخ رشيد ج ١٢ ص ١١٦ والفق ج ٩ ص ٢٢٩ (وإنما كان في حق أهل الكتاب ..) والصواب كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٤٧ (إنما كان في حق أهل الكتاب) بدون (واو) قبل (إنما) لأنها وما بعدها خبر (قوله تعالى) (ف) .

(٣) مرتخرجه قريباً (ف) . (٤) سورة المائدة آية ١٠٦ .

## ( فصل )

٨٤٦٤

قال ابن المنذر : ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف . وقال الشافعي : رأيهم يؤكدون بالمصحف ، ورأيت ابن مازن ؛ وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف . قال أصحابه : فيغلظ عليه بإحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله تعالى وأسمائه ، وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضائهم من غير دلائل ولا حجة يستند إليها ، ولا بترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٤٦٥

قال ﴿ ويحلف الرجل فيما عليه على البت ، ويحلف الوارث على دين الميت على العلم ﴾ .  
 معنى البت : القطع ، أى يحلف بالله ما له على شيء . وجملة الأمر أن الأيمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال الشعبي والنخعي : كلها على العلم . وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد . وذكر أحمد حديث الشيباني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون » ولأنه لا يكلف ما لا علم له به . وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه .  
 ولنا : حديث ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم استحلف رجلاً فقال له : قل : والله الذى لا إله إلا هو ما له عليك حق<sup>(١)</sup> » وروى الأشعث بن قيس « أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فى أرض من اليمن ، فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهى فى يده ، قال : هل لك بيده ؟ قال : لا ولسكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه ، فنهياً السكندى لليمن » رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم . وما ذكروه لا يصح ، لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك فى فعل غيره ، فافترقا فى اليمين كما افترت للشهادة ، فإنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من المقود ، وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب ، وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الإحاطة بانتفائه ، كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير .

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفيًا كان أو إثباتًا ، وأما ما يتعلق بفعل غيره ، فإن كان إثباتًا مثل أن يدعى أنه أقرض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع . وإن

(١) أخرجه أبو داود وقد ذكرنا لفظه قريباً (ف) .

كان على نفي العلم مثل أن يدعى عليه دَيْن أو غصب أو جنابة<sup>(١)</sup> أو فإنه يحلف على نفي العلم لا غير ، وإن حلف عليه على البت كفاء وكان التقدير فيه العلم ، كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال : ليس له وارث غيرهم سمع ذلك . وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه أن عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث .

## (فصل)

٨٤٦٦

قال ابن أبي موسى : اختلف قول أحمد : فيمن باع سلعة وظهر للمشتري على عيب بها . وأنكره البائع ، هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين . ولو أبق عند المشتري فادعى على البائع أنه أبق عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين ، إلا أن يكون ولده فيحلف أنه لم يأبق قط ، ووجه كون اليمين على علمه أنها على نفي فعل الغير ، فأشبه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى ، ووجه الأخرى أنه إذا ادعى عليه أنه باعه مبيعاً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان إثباتاً .

## (فصل)

٨٤٦٧

ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من إثم ولا غيره ، لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً . وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه .

وحلف عمر لأبي على نخيل ثم وهبه له ، وقال : خفت إن لم أحلف أن يتمتع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سفة . وقال حنبل : بلى أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء إليه ابن عمه فقال : لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضى وأحلفك ، فقيل لأبي عبد الله ما ترى ؟ قال احلف له إذا لم يكن له قبلى حق وأنا غير شاك في ذلك جلفت له ، وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف وأنا من أنا ، وعزم أبو عبد الله على اليمين ؛ فكفاء الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة . واختلف في الأولى ، فقال قوم : الحلف أولى من افتداء يمينه لأن عمر حلف ؛ ولأن في الحلف فائدتين :

أحدهما : حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته .

والثانية : تخليص أخيه الظالم من ظلمه وأكل المال بغير حقه ، وهذا من نصيحته ونصرتة بكفه عن ظلمه .

(١) في نسخة الشيخ رشيد ج ١٢ ص ١١٩ والفتاوى ج ٩ ص ٢٣١ (أو فإنه يحلف) والصواب حذف (أو)

كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٤١ (ف) .

وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم على رجل أن يحلف ويأخذ حقه . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ، فإن عَمَّان افتدى يمينه وقال : خفت أن تصادف قدراً فيقال : حلف فعوقب ، أو هذا شؤم يمينه .

وروى الخلال بإسناده أن حذيفة عرف رجلاً سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين ، فصارت اليمين على حذيفة ، فقال : لك عشرة دراهم فأبى ، فقال : لك عشرون فأبى ، فقال : لك ثلاثون فأبى ، فقال : لك أربعون فأبى ، فقال حذيفة : أتراني أترك جلي ؟ خلف بالله أنه له ما باع ولا وهب . ولأن في اليمين عند الحاكم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب إلى الكذب وأنه عوقب بخلفه كاذباً ، وفي ذهاب ماله له أجر ، وليس هذا تضيقاً للمال ، فإن أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة .

وأما امرء : فإنه خاف الاستئنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم ، فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف ، وهذا أولى والله تعالى أعلم .

## (فصل)

٨٤٦٨

فأما الحلف الكاذب ليقطع به مال أخيه ففيه إثم كبير . وقد قيل : إنه من الكبائر ، لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه ( إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ )<sup>(١)</sup> قال الأشعث بن قيس : نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « بينتك أو يمينه » قلت إذا يحلف عليها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري .

وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الكندي « لئن حلف على ماله لياً كله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح . وقد روى في حديث أن يمين الذموس<sup>(٢)</sup> تذر الديار بلائع . وبه توجب للعامة أن يحترق الذمى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والأخبار .

## (١) سورة آل عمران آية ٧٧

(٢) في منتخب كنز العمال ج ٦ ص ٤٥٩ قال ما نصه « اليمين الذموس تدع الديار بلائع » أخرجه أبو الحسن خيثمة بن سليمان بن حيدرة الاطرابلسي في جزئه عن وائلة — « اليمين الفاجرة تدع الديار بلائع وتعقم الرحم وتقل العدد » أخرجه عبد الرزاق عن معمر بلاغا (ف) .

٨٤٦٩

(فصل)

ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له على ، وبهذا قال المزني . وقال أبو ثور : له ذلك ، لأن الله تعالى قال ( وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ )<sup>(١)</sup> ولأنه لا يستحق مطالبته به في الحال ولا يجب عليه أدائه إليه . وإنما أن الدين في ذمته ، وهو حق له عليه ، ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنتظاره به .

٨٤٧٠

(فصل)

وبين الخالف على حسب جوابه ، فإذا ادعى عليه أنه غصبه أو استودعه ودیمة أو اقترض منه نظرنا في جواب اللدعي عليه ، فإن قال : ما غصبتك ولا استودعته ولا اقترضتني ، كلف أن يحلف على ذلك ، فإن قل مالك على حق أو لا تستحق على شيئاً ، أو لا تستحق على ما ادعيت به ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ، ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض ، لأنه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه ، فلو كلف جحد ذلك كان كاذباً ، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه ، فإذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب .

ولو ادعى أنتى ابنتك منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في جوابه ، فإن أجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه أن يحلف أنه ما ابتاعها ، لأنه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه ، وإن أجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك .

قال أحد في رجل ادعى على رجل أنه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعته ؟ قال : إذا حلف مالك عندى شيء ولا لك في يدي شيء فهو يأتي على ذلك ، وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب ، وأنه متى حلف مالك قبل حق برى بذلك ، ولأنحاب الشافعي وجهان كهذين .

٨٤٧١

(فصل)

ولا تدخل اليمين الغيابة ، ولا يحلف أحد عن غيره . فلو كان اللدعي عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف عنه ، ووقف الأمر حتى يبلغ الصبي ويقبل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصي أو الأمين له فأنكر للدمي عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه . ومن لم ير القضاء بالنسكول ورأى رد اليمين على اللدعي لم يحلف الولي عنهما ، ولكن تقف اليمين ، ويكتب الحاكم محضراً بنسكول اللدعي عليه ، وإن ادعى على العبد دعوى نظرت «فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالتصامم والطلاق والقيف فالخصومة معه دون سيده .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

فإن قلنا : إن اليمين تشرع في هذا ، أحلف العبد دون سيده ، وإن نكل لم يحلف غيره ، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه كإتلاف مال أو جناية توجب للمال فالخصم السيد واليمين عليه ، ولا يحلف العبد فيها بحال .

٨٤٧٢

(فصل)

وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، وقال لي بينة أقيمها ، أو حساب أسفنته لأحلف على ما أتيقن ، فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل ، وإن لم يحلف جملنا كلا . وقيل : لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة . وإن قال : ما أريد أن أحلف ، أو سكت فلم يذكر شيئاً ، نظرنا في المدعى ، فإن كان مالا أو المقصود منه للمال قضى عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعى ، نص عليه أحمد فقال : أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه وإلا دفع إليه حقه ، وبهذا قال أبو حنيفة . واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى إن ردها حلف المدعى ، وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوّبه أحمد فقال : ما هو بهميد يحلف ويستحق ، وقال : هو قول أهل المدينة .

روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة ، وقاله الشافعي في جميع الدعاوى ، لما روى عن نافع عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق » رواه الدارقطني . ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعى وقوى جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله ، والمدعى إذا شهد له شاهد واحد ، ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على مالا يتحققه ، أو للخوف من عاقبة اليمين ، أو ترفهاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره . ولا يتمين بنكوله صدق المدعى ، فلا يجوز الحكم له من غير دليل . فإذا حلف كانت يمينه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كما في موضع الوفاق . وقال ابن أبي ليلى : لا أدعه حتى يقر أو يحلف .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على جانب المدعى عليه » فخصرها في جانب المدعى عليه . وقوله « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه ، كما جعل جنس البينة في جنبة المدعى .

وقال أحمد : قدم ابن عمر إلى عثمان في مبدله فقال له : احلف أنك ما بعت به وبه عيب علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى ، ولأنها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام في دفن دينا له على إنسان فطالبه به فأنكره ، وطلب منه اليمين فأنكره ، فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد . وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا أنه يقضى بالنكول في أحد الوجهين وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف ، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى إليه

بتفريق ثلثه وأنكر الورثة ونكّلوا عن اليمين قضى عليهم ، والخبر لا تعرف صحته . وخالفه ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه ، فإنه لم يرد اليمين على المدعى ولا ردها عثمان .

فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم : إن حلفت وإلا قضيت عليك ثلاثاً ، فإن حلف وإلا قضى عليه . وعلى القول الآخر يقول له : لك رد اليمين على المدعى ، فإن ردها حلف وقضى له ، وإن نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، فإن قال لي بينة أقيمها أو حساب استثبتته لأحلف على ما أتيقنه أخرت الحكومة . وإن قال : ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين ، فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى أن يعود في مجلس آخر . د

فإن قيل : فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم يمتنع سماعها هاهنا ؟ قلنا : اليمين في حق المدعى عليه هي الأصل ، فتقدر عليها أو بذلها وجب قبولها والمصير إليها كالمبدلات مع إبدالها ، وأما يمين المدعى فهي بدل ، فإذا امتنع منها لم ينتقل الحق إلى غيره ، فإذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ، وأما إذا حلف وقضى له فماد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه ، وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع ، لأن الحكم قد تم فلا ينقض كالمقامت به بينة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد في القصاص .

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قذفه ، فقال : استحلفوه ، فإن قال : لا أحلف أقيم عليه . قال أبو بكر : هذا قول قديم ، والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول . ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس . وعن أحمد مثله . والأول هو المذهب ، لأن هذا أحد نوعي القصاص فأشبه النوع الآخر . فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان :

أحدهما : يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة ، وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر .  
والثاني : يحبس حتى يقر أو يحلف ، وأصل الوجهين المرأة إذا نكحت عن اللعان .

### (فصل)

٨٤٧٣

وإذا حلف فقال : إن شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين ، لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين . وكذلك إن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وإن حلف قبل أن يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتد بما حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك إن استحلفه الحاكم قبل أن يسأله المدعى استحلافه لم يعتد بها .

### (فصل)

٨٤٧٤

ولو ادعى على رجل دينا أو حتماً فقال : قد أبرأتني منه أو استوفيته مني ، فالقول قول من ينكر



الإبراء والاستيفاء مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق وبسميه تسمية بصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه . وإن ادعى استيفاءه أو البراءة بحجة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاً .

٨٤٧٥

(فصل)

والحقوق على ضريين :

أحدهما : ما هو حق لآدمي .

والثاني : ما هو حق لله تعالى .

فحق الآدمي ينقسم قسمين :

أحدهما : ما هو مال أو المقصود منه المال ، فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم ، فإذا لم تكن للدعي بينة حلف المدعى عليه وبرى . وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والسكندى اللذين اختلفا في الأرض ، وعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

القسم الثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين ، كالتقصاص ، وحد القذف ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، والنسب ، والاستيلاء ، والولاء ، والرق ، ففيه روايتان :

أحدهما : لا يستحلف المدعى عليه ولا تمرض عليه اليمين . قال أحمد : لم أسمع من مضى جوزوا الأيمان إلا في الأموال والعروض خاصة ، وهذا قول مالك ، ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال : لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفينة في الإيلاء ، ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب ، لأن هذه الأشياء لا يدخلها البذل ، وإنما تمرض اليمين فيما يدخله البذل ، فإن المدعى عليه غير بين أن يحلف أو يسلم ، ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تمرض فيها اليمين كالحدود .

والرواية الثانية : يستحلف في الطلاق والتقصاص والقذف . وقال الخرق : إذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك ، فالقول قولها مع يمينها ، وإذا اختلف في مضى الأربعة أشهر فالقول قوله مع يمينه ، فيخرج من هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي ، وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو يخطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم ، وهذا عام في كل مدعى عليه ، وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الأحاديث ، ولأنها دعوى صحيحة في حق لآدمي ، فجاز أن يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال .

الضرب الثاني : حقوق الله تعالى ، وهي نوعان :

أحدهما : الحدود ، فلا تشرع فيها يمين ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلى من غير يمين ، فلائذ لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى ، ولأنه يستعجب ستره والتعريض للمقرب به بالرجوع عن إقراره ، وللشهود بترك الشهادة والستر عليه . قال النبي صلى الله عليه وسلم لهزال في قصة ماعز « يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » <sup>(١)</sup> فلا تشرع فيه يمين بحال .

النوع الثاني : الحقوق المالية كدعوى الساعى الزكاة على رب المال ، وأن الحول قد تم وكل النصاب ، فقال أحمد : القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم . وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد : يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه حق آدمي .

ولنا : أنه حق لله تعالى أشبه الحد ، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالعصاة . ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ، لأنه لاحق للمدعى فيه ولا ولاية له عليه ، فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقاً لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه ، فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل أن يدعى سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه ، سمعت دعواه ، ويستحلف المدعى عليه لحق آدمي دون حق الله تعالى .

﴿ مسألة ﴾

٨٤٧٦

قال : ﴿ وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها في هذا البيت ، وشهد الآخران أنه زنى بها في البيت الآخر ، فالأربعة قذفة وعليهم الحد ﴾ .

وجملته : أن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد ، فإن لم يجتمعوا لم تسكن الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد ، فإذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت واثنان أنه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزناً واحداً ، لأن الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر ، فلم تسكن شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وقال أبو بكر : تسكن شهادتهم ويحد المشهود عليه . واستبعده أبو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الأصول والإجماع ، والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول : لا حد على الشهود لأنهم كلوا أربعة ، ولا على للشهود عليه لأنهم لم يشهدوا بزناً واحداً يجب الحد به .

ولنا : أنهم لم يشهدوا بزناً واحداً فلزمهم الحد ، كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة واثنان أنه زنى بغيرها .

ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنا واحد أو باثنين ، فإن كانت بفعل واحد مثل أن يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه في الموضعين ، فاثنتان منهم كاذبان يقيفاً ، واثنتان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم لسكانا قذفة فمع التعارض أولى ، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عيّنوا في شهادتهم أنه زنى مرة أخرى ، وما ذكره يبطل بالأصل الذي ذكرناه .

## (فصل)

٨٤٧٧

وكذلك كل شهادة على فدين ، مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى ، أو يشهدان أنه زنى بها في يوم ، وآخران أنه زنى بها في آخر ، أو يشهدان أنه زنى بها ليلاً ، وآخران أنه زنى بها نهاراً ، أو يشهدان أنه زنى بها في غدوة ، ويشهد آخران أنه زنى بها عشياً ، أو أشباه هذا ، فإنهم قذفة في هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه . فإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية منه أخرى وكانتا متباعدتين ، فالحكم به كما ذكرنا . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استعساناً ، وهو قول أبي بكر .

ولنا : أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته إليهما فأشبهها البيتين . وأما إن كانتا متقاربتين فمن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لإمكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً .

## (فصل)

٨٤٧٨

ومضى كانت الشهادة على فعل ، فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغير الفعائين لم تكمل شهادتهما ، مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت ، ويشهد الآخر أنه غصبه ديناراً يوم الجمعة ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق ، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً ، فلا تكمل الشهادة ، لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا إن اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته ، أو في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة ، لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر ، فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد ، فلم يقبل ، إلا على قول أبي بكر ، فإن هذه الشهادة لم تكمل وبُيّن المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان ، فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه مرق مع الزوال كيمساً أبيض ، وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيمساً أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ، ذكره ابن حامد . وقال أبو بكر : تكمل ، والأول أصح ، لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه .

\* وإن اختلفا في صفة المشهود به اختلافاً يوجب تغيرهما ، مثل أن يشهد أحدهما بشوب والآخر بدبنار ، فلا خلاف في أن الشهادة لا تسكل ، لأنه لا يمكن إيجابها جميعاً ، لأنه يكون إيجاباً بالحق عليه بشهادة واحد ، ولا إيجاب أحدهما بعينه ، لأن الآخر لم يشهد به ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبوتاً جميعاً ، لأن كل واحد منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق ، وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما ، إلا أن يكون الفعل ممحلاً لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتمارض البيئتان ، لعلنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هي ، بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البيئتين فيه ، فإنهما جميعاً يثبتان إن ادعاهما ، وإن لم يدع إلا إحداها ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه .

وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، وشهد آخران أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض ، أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد آخران أنه سرقه عشياً ، فقال القاضي : يتعارضان ، وهو مذهب الشافعي ، كما لو كان المشهود به قتلًا . والصحيح أن هذا لا تعارض فيه ، لأنه يمكن صدق البيئتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود ، فتشهد كل بينة بأحدهما ، ويمكن أن يسرق كيساً غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشياً ، ومع إمكان الجمع لا تعارض .

فعل هذا : إن ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الأولى ، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب ، فإن المشهود به وإن كانا قتلين لكنهما في محل واحد ، فلا يجب أكثر من ضمانه ، وإن لم يدع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه لإياه ، وإن شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم ، وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر ، أو شهد أحدهما في مكان ، وشهد آخر بسرقة في مكان آخر ، أو شهد أحدهما بنصب كيس أبيض ، وشهد آخر بنصب كيس أسود ، فأدعاهما المشهود له ، فله أن يخلف مع كل واحد منهما ويحكم له به ، لأنه مال قد شهد له به شاهد ، وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه لإياه .

( فصل )

٨٤٧٩

فأما الشهادة على الإقرار ، مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا ، أو أن له في ذمته كذا ، ويشهد آخر أنه أقر عندى بهذا يوم السبت بمحصر كملت شهادتهما . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال زفر : لا تسكل شهادتهما لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تسكل الشهادة ، فأشبه الشهادة على الفعل .

ولنا : أن المقر به واحد ، وقد شهد اثنان بالإقرار به فسكلت شهادتهما ، كما لو كان الإقرار بهما واحداً .

وفارق الشهادة عَلَى الفعل ، فإن الشهادة فيها عَلَى فعلين مختلفين ، فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدها أنه أقر عندى أنه قتله في يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة ، فإن شهادتهما لا تقبل هاهنا .  
ويحتمل ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب للشهود في أما كنهم لا في جمعهم إلى الشهود له فيمضى إليهم في أوقات متفرقة وأما كن مختلفة فيشهدهم على إقراره ، وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما : أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الخميس ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الجمعة ، أو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعربية ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة ، لأن الذى شهد به أحدهما غير الذى شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة ، كالو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير ، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعلى قول أبى بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف . ، لأن القذف بالعربية أو العجمية ، والقفل بالبصرة أو الكوفة ليس من المفتضى ، فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر ، والأول أصح .

## ( فصل )

٨٤٨٠

فإن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس ، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم ، فقال أصعابنا : تكمل الشهادة . وقال الشافعى : لا تكمل . لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد ، أشبه ما لو شهد بالفصب في وقتين .  
ووجه قول أصعابنا : أن الشهود به شيء واحد يجوز أن يماد مرة بعد أخرى ويكون واحداً ، فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه ، فلم يؤثر ، كالو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية .

## ( فصل )

٨٤٨١

وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا أنه كالحكم فإنه كالفعل الواحد . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس ، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً . لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم ، فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت ، كالو كانت الشهادة عَلَى فعل . وكذلك القذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهد على قذف واحد .

## ( فصل )

٨٤٨٢

فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه . كملت الشهادة وحكم بها . لأنه يجوز أن يكون الغصب الذى أقر به هو الذى شهد الشاهد به ، فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة ، كالو ( م ٢٨ - الفتى - ج ١٠ )

شهدا في وقتين على إقراره بالفصب . وقال القاضي : لا تسكل الشهادة ولا يحكم بها ، وهو قول الشافعي ، لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد . وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين . فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين . ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالإقرارين ، وكألو شهد بالفصب اثنان وشهد على الإقرار به اثنان . وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد ، أو أنه أقر بفصبه منه ، وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تسكل شهادتهما ، لأنهما لم يشهدا على شيء واحد . وإن شهد أنه أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده إلى يديه ، لأن اليد دليل للمالك فتد إلى يده لتسكون دالاتها ثابتة له .

قال مهنا : سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى داراً في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما أن هذه الدار لفلان ، وقال الآخر أشهد أن هذه الدار دار فلان ، قال : شهادتهما جائزة .

### ( فصل )

٨٤٨٣

ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه ، لأن الناس يختلفون في شروطه ، فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يمتد أن النكاح صحيح وهو فاسد ، وإن شهد بمقد سواء كالبيع والإجارة . فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين :

أحدهما : يشترط ذكرها ، لأن الناس يختلفون في شروطه ، فاشترط ذكرها كالنكاح .  
والثانية : لا يشترط ذكر شروطه ، لأنه لا يشترط ذكرها في الدعوى ، فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح .

وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها ، أو من لبن حلب منه ، وعدد الرضعات ، لأن الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم . وإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ، ر لا بد من ذكر أن ذلك كان في الحولين .

وإن شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل ، فيقول : جرحه فقتله ، أو ضربه بكذا فقتله ، ولو قال : ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز أن يكون مات بغير هذا . وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال : أشهد أنه اتسكأ عليه برقعه فمات ، فقال له شريح : فمات منه أو فقتله ؟ فأعاد القول الأول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل : فقتله ولا فمات منه ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك . رواه سعيد .

ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والمزني بها ، ومكان الزنا وصفته ، لأن اسم الزنا يطلق على ما لا بوجوب الحد . وقد يمتد الشاهد ما ليس بزنا زنا ، فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال ، واعتبر ذكر المرأة لئلا تسكون ممن تحمل له ، أو له في وطنها شبهة ، وذكر المسكان لئلا تسكون الشهادة منهم على فعلين .

ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج إلى ذكر الزنى بها ولا ذكر المكان ، لأنه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان .

وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز ، وذكر المسروق منه وصفة السرقة .

وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المذوف وصفة القذف .

وإن شهد بمال احتاج إلى تحريره بمثل ما ذكرنا في الدعوى .

وإن ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج إلى ذكره . سأله الحاكم عنه ، كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه انكأ عليه بمرقعه حتى مات :

وإن حرر المدعى دعواه ، أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها ، وقال الآخر : أشهد بمثل ذلك ، أو قال حين حرر المدعى دعواه أشهد بذلك أو بهذا أجزاء .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤٨٤

قال : ﴿ ولو جاء أربعة متفرقون ، والحاكم جالس في مجلس حكمه ، لم يقم قبل شهادتهم ، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد ﴾ .

هذه المسألة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٤٨٥

قال : ﴿ ومن حكم بشهادتهما يجرح أو قتل ثم رجما وقال : عهدنا ، اقتص منها ، وإن قال : أخطأنا ، غرما الدية أو أرش الجرح ﴾ .

وجملة الأمر : أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يرجعوا قبل الحكم بها ، فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال : يحكم بها ، لأن الشهادة قد أدت فلا تبطل رجوع من شهد بها ، كما لو رجعا بعد الحكم ، وهذا فاسد . لأن الشهادة شرط الحكم ، فإذا زالت قبله لم يجر كما لو فسقا ، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما . فلم يجر الحكم بها ، كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ، ولأنه زال ظنه في أن ما شهد به حق ، فلم يجر له الحكم به ، كما لو تغير اجتهداه ، وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه . ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهداه .

الحال الثاني : أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، فينظر ، فإن كان المحكوم به عقوبة كالحد والنصاص لم يجر استيفاؤه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ورجوعهما من أعظم الشبهات ، ولأن المحكوم

به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها ، فلم يميز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم . وفارق للال ، فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهدين عوضه . والحد والقصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين ، لأن ذلك ليس بجبر ، ولا يحصل لمن وجب له منه عوض ، وإنما شرع للزجر والذشفى والانتقام لا للجبر .

فإن قيل : فقد قلتم : إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى في أحد الوجهين .

قلنا : الرجوع أعظم في الشبهة من طريان النسق ، لأنهما يقران أن شهادتهما زور ، وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما . وهذا الذي طرأ فسخه لا يتحقق كون شهادته كذباً ، ولا أنه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ، ولا حين الحكم بها ، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء ، والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا . وإن كان للشهود به مالا استوفى ولم ينقض حكمه في قول أهل الفتيا من علماء الأمصار . وحكى عن سعيد بن المسيب والأوزاعي أنها قالا : ينقض الحكم وإن استوفى الحق ؛ لأن الحق ثبت بشهادتهما ، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم ، فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين .

ولنا : أن حق للشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما ، كما لو ادعياه لأنفسهما . يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا ببيئة أو إقرار ، ورجوعهما ليس بشهادة ، ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ، ولا هو إقرار من صاحب الحق . وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين ، لأننا تبيننا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول . وفي مسألتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما ، وإنما كذبا في رجوعهما . وبفارق العقوبات حيث لا تستوفى فإنها تدرأ بالشبهات .

الحال الثالث : أن يرجعا بعد الاستيفاء ، فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء ، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة ، لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ، ويرجع به على الشاهدين ، ثم ينظر ، فإن كان المشهود به إنفاقاً في مثله القصاص ، كالقتل والجرح ، نظرنا في رجوعهما ، فإن قالا : حمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع ، فعليهما القصاص . وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد .

وقال أصحاب الرأي : لا قود عليهما ، لأنهما لم يباشرا الإنفاق ، فأشبهها حافر البئر وناصب السكين إذا تلف بهما شيء .

ولنا : أن علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ، ثم عادا فقالا : أخطأنا ليس هذا هو السارق ، فقال علي : لو عدت أنكما عمدتما لقطعتكما ، ولا مخالف له في الصحابة فيكون إجماعاً ، ولأنهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما بغضى إليه غالباً ، فلزمهما القصاص كما المكره . وفارق الحفر ونصب السكين ، فإنه لا يفضى إلى القتل غالباً .



وقد ذكرنا هذه المسألة في القصاص .

فأما إن قالا : عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم أنه يقتل بهذا وكنا ممن يجوز أن يجهلا ذلك ، وجبت الدية في أموالها مغلظة ، لأنه شبه عمد ، ولم تحمل المأقلة ، لأنه ثبت باعترافهما ، والمأقلة لا تحمل اعترافاً ، وإن قال أحدهما : عمدت قتله ، وقال الآخر : أخطأت ، فعلى العائد نصف دية مغلظة ، وعلى الآخر نصف دية مخففة ، ولا قصاص في الصحيح من المذهب لأنه قتل عمد وخطأ<sup>(١)</sup> .

وإن قال كل واحد منهما : عمدت وأخطأ صاحبي ، احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه ، واحتمل وجوب الدية ، لأن كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً ، وهذا لا يوجب القصاص ، والإنسان إنما يؤخذ بإقراره لا بإقرار غيره ، فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة . وإن قال أحدهما : عمدنا جميعاً ، وقال الآخر : عمدت وأخطأ صاحبي ، فعلى الأول القصاص ، وفي الثاني وجهان كالتى قبلهما . . . . .

وإن قالا جميعاً : أخطأنا ، فعليهما الدية مخففة في أموالهما ، لأن المأقلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما : عمدنا معاً ، وقال الآخر : أخطأنا معاً ، فعلى الأول القصاص ، وعلى الثاني نصف دية مخففة ، لأن كلاهما إنما يؤخذ بحكم إقراره ، وإن قال كل واحد منهما : عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي ؟ فعليهما القصاص ، لإقرار كل واحد منهما بالعمد ، ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ، لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص ، وإنما يؤخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه .

وإن قال أحدهما : عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي ، سئل صاحبه ، فإذا قال : عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي ، فهي كالتى قبلها ، وإن قال : عمدنا ، فعليهما القصاص ، وفي الأول وجهان . وإن قال : أخطأت ، أو أخطأنا ، فلا قصاص على واحد منهما . وإن جهل حال الآخر بأن يمن أو يموت أو لا يقدر عليه ، فلا قصاص على المقر ، وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل)

٨٤٨٦

وإن رجع أحد الشاهدين وحده ، فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ، وفي أنه لا يستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها ، لأن الشرط يمتثل برجوعه كاختلاله برجوعهما . وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم إقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ وجب عليه

(١) هو ما يسمى شبه العمد ، وعمد الخطأ ، وخطأ العمد كما مر ، لأنه عمد الفعل وأخطأ في القتل — وهذه الفقرة التى وردت في المتن ذكرت في الشرح الكبير ج ١٢ ص ١١٨ دون قوله (لأنه قتل عمد وخطأ) (ف).

نصيبه من الدية المحقة . وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو القصاص ونحوه ، فثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء ، لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ، لأن ما بقى من البينة كاف في إثبات الحكم واستيفائه ، وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجب به ، أو قسطه من الدية أو من النفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك . وفي ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

### مسألة

٨٤٨٧

قال : ﴿ وإن كانت شهادتهما بمال غرماء ، ولم يرجع به على المحكوم له به ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً ﴾ .

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به ، فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سواء ما حكياه عن سميد بن المسيب والأوزاعي ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى ، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأصحاب الرأي ، وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : لا يرجع عليهما بشئ إلا أن يشهدا بعق عبد فيضمننا قيمته ، لأنه لم يوجد منهما إتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمننا كما لوردت شهادتهما .

ولنا : أنهما أخرجاه من يده بغير حق ، حالا بينه وبينه فلزمهما الضمان ، كما لو شهدا بعقته ، ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما للرجوع عنها ، فأشبه ما لو شهدا بحريته ، ولأنهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص .

يحقق هذا أنه إذا ألزمهما القصاص الذى يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى .

وقولهم : إنهما ما أتلفا المال ، يبطل بما إذا شهدا بعقته ، فإن الرق فى الحقيقة لا يزول بشهادة الزور ، وإنما حالا بين سيده وبينه ، وفى موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما ، كشاهدى القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين .

### مسألة

٨٤٨٨

قال : ﴿ وإن كان المحكوم به عبداً أو أمة غرماً قيمته ﴾

أما إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير ماله ، فالحكم فى ذلك كالحكم فى الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، لأنها من جملة المال . وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما السيدهما بغير خلاف بينهم ، فيه فإن الخالف فى التى قبلها هو الشافعى ، وقد وافق هاهنا ، وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كإخراجه عنها بالشهادة به لغير ماله ، فإذا لزمه الضمان ثم لزمه هاهنا وغرماً القيمة ، لأن العبيد من المقنونات لا من ذوات الأمثال .

٨٤٨٩

(فصل)

وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به لحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول ، قالوا جب عليهما نصف المسمى ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي في أحد قولييه : يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع ، فلزمهما عوضه وهو مهر المثل ، وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل ، لأنه إنما ملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير مقوم ، بدليل ما لو أخرجه من ملكه بردها أو إسلامها أو قتلها نفسها ، فإنها لا تضمن شيئا ، ولو فسدت نكاحها قبل الدخول برضاع من يفسخ به نكاحها لم يفرم شيئا . وإنما وجب عليهما نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه ، فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره .

وقوله : إنه ملك نصف البضع غير صحيح ، فإن البضع لا يجوز تملك نصفه ولأن العقد ورد على جميعه ، والصداق واجب جميعه ولهذا تملك المرأة إذا قبضته ونماؤه لها . وتملك طلبه إذا لم تقبضه ، وإنما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ضمان عليهما ، وبه قال أبو حنيفة ، وعن أحد رواية أخرى : عليهما ضمان للمسمى في الصداق ، لأنهما فوتتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض ، فكان عليهما ضمان ما وجب به ، كما لو شهدا بذلك قبل الدخول .

وقال الشافعي : يلزمهما له مهر المثل ، لأنهما أتلفا البضع عليه ، وقد سبق الكلام معه في هذا ، ولا يصح القياس على ما قبل الدخول ، لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بمرض السقوط ، وهاهنا قد تقرر المهر كله بالدخول ، فلم يقرر عليه شيئا ولم يخرجوا من ملكه متقوماً ، فأشبه ما لو أخرجه من ملكه بقتلها ، أو أخرجه من ملكها .

(فصل)

٨٤٩٠

وإن شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت . فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يفرما شيئا . لأنهما لم يفويا عليهما شيئا ، وإن دخل بها وكان الصداق للمسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شيء عليهما ، لأنها أخذت عوض ما فوتتاه عليها ، وإن كان دونه فعليهما ما بينهما ، وإن لم يصل إليهما فعليهما ضمان مهر مثلها ، لأنه عوض ما فوتتاه عليها .

(فصل)

٨٤٩١

وإن شهدا بكتابة عبد ثم رجعا نظرت ، فإن عجز ورُدَّ في الرق فلا شيء عليهما ، فإن أدى وعق

فعليهما ضمان جميعه ، لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما . ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته ، والأول أولى ، لأن ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه ، وإن أراد تفرعهما بشهادتهما . ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال ، فينبغي أن يلزمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبيا . وإن شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا ، فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها ، وإن حققت بموته رجوع الورثة بما بقي من قيمتها . رجعا .

## (فصل)

٨٤٩٢

وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، وجب أن يوزع بينهم على عددهم ، قلوا أو كثروا . قال أحمد في رواية إسحاق بن منصور : إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أئلف مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة . فإن كانوا اثنين فعليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث . وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر ، وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا ، وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد . فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال نرعدنا قتله فعليه القصاص ، وإن قال : أخطأنا فعليه ربع الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية .

وإن شهد ستة بالزنا على محض فرجع بشهادتهم ، ثم رجع واحد ، فعليه القصاص أو سدس الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية . وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أبو حنيفة : إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما ، لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون ، وإن رجع ثلاثة فعليه ربع الدية ، وإن رجع أربعة فعليه نصف الدية ، وإن رجع خمسة فعليه ثلثة أرباعها ، وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها . ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب أبي حنيفة .

واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم . فقال أبو إسحاق : لا قصاص عليه ، لأن بينة القصاص قائمة ، وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين ، وقال ابن الحداد : عليه القصاص ، وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً ، فإن دم الشهود عليه بالزنا غير محقون ، وهذا دمه محقون ، وإنما أبيض دمه لولى القصاص وحده ، واختافوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين :

أحدهما : بضمن الثلث . والثاني : لا شيء عليه .

ولنا : أن الإلتلاف حصل بشهادتهم ، فالراجع مقر بالمشاركة فيه عدداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص ، كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ، ولأنه أحد من قتل الشهود عليه بشهادته ، فأشبهه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ، ولأنه أحد من حصل الإلتلاف بشهادته فلزمه من الضمان

بقسطه كما لو رجع الجميع . ولأن ماتضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع بضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة .

وقولهم : إن دمه غير محتمون غير صحيح ، فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بمتمن ولا عدسه . وقيام الشهادة لا يمنع وجوب النصاص ، كما لو شهدت لرجل باستحقاق النصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظناً وأن الشهود شهدوا بالزور . والتفريق بين النصاص والرجم يكون دم القاتل غير محتمون لا يصح ، لأنه غير محتمون بالنسبة إلى من قتله ، ولأن كل واحد مؤاخذ بإقراره ولا يعتبر قول شريكه ، ولهذا لو أقر أحد الشريكين بهما . وقال الآخر : أخطأنا ، وجب النصاص على المقر بالعمد .

## (فصل)

٨٤٩٣

وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ، ثم رجعا عن الشهادة ، توزع الضمان عليهما ، على الرجل نصفه ، وعلى كل امرأة ربه . وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته . وإن كان الشهود رجلاً وعشرة نسوة فرجعا ، فعلى الرجل السدس ، وعلى كل امرأة نصف السدس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأن كل امرأتين كرجل ، فالعشر خمسة رجال . ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، لأن الرجل نصف البيعة ، بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوع عن كلمن ، فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً ، فإن رجع بهن النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع . وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء . وقد مضى الكلام معهم في هذا .

## (فصل)

٨٤٩٤

وإذا شهد أربعة بأربعائة ، فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة ، وآخر عن مائتين ، ولثالث عن ثلاثمائة ، والرابع عن أربعمائة ، فعلى كل واحد مما رجع عنه بقسطه . فعلى الأول : خمسة وعشرون ، وعلى الثاني : خمسون ، وعلى الثالث : خمسة وسبعون ، وعلى الرابع : مائة ، لأن كل واحد منهم مقر بأنه قوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه . ويتنقض مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعائة أكثر من خمسين خمسين ، لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة ، لأن المائتين التي رجعا عنهما قد بقي بها شاهدان .

## (فصل)

٨٤٩٥

وإذا شهد أربعة بلزنا ، واثنان بإحصان فرجهم ، ثم رجعا عن الشهادة ، فالعلمان على جميعهم . وقال

أبو حنيفة : لا ضمان على شهود الإحصان ، لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل ، وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا . ولأصحاب الشافعى وجهان كاللذهبيين .

ولنا : أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع ، كما لو شهدوا جميعهم بالزنا . وفى كيفية الضمان وجهان :

أحدهما : يوزع عليهم على عدد رهوسهم كشهود الزنا ، لأن القتل حصل من جميعهم .  
والثانى : على شهود الزنا النصف ، وعلى شهود الإحصان النصف ، لأنهم حزبان ، فلكل حزب نصف .

فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحصان ثم رجعوا .  
فعلى الوجه الأول : على شاهدى الإحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث ، لأن على شاهدى الإحصان الثلث لشهادتهما به ، والثلث لشهادتهما بالزنا ، وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده .  
وعلى الوجه الثانى : على شهود الإحصان ثلاثة أرباع الدية ، لأن عليهما النصف لشهادتهما بالإحصان ، ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا . ويحتمل أن لا يجب على شاهدى الإحصان إلا النصف ، لأن كل واحد منهما جنى جنايتين ، وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة ، فكانت الدية بينهم على عدد رهوسهم لا على عدد جناياتهم ، كما لو قتل اثنان واحداً ، جرحه أحدهما جرحاً والآخر جرحين .

### ( فصل )

٨٤٩٦

وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم ، وقيمة العبد مائتان ، فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا ، رجع السيد على الشاهدين بمائة ، لأنها تمام القيمة . وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان ، غرما للزوج مائة ، لأنهما فوتتاها بشهادتهما المرجوع عنها .

### ( فصل )

٨٤٩٧

وإذا شهد رجلان على رجل بفكاح امرأة بصدق ذكراه ، وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصدقاها ، فعلى شهود النكاح الضمان ، لأنهم ألزموه المسمى ، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف ، لأنهما قرراه ، وشاهدا النكاح أوجباه ، فقسم بين الأربعة أرباعاً . وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء ، لأنهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ، ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجباً .

٨٤٩٨

(فصل)

وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل ، فحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم رجع شاهدا الفرع ، فليهما الضمان . لا أعلم بينهم في ذلك خلافاً . وإن رجع شاهدا الأصل وحدهما ، لزمهما الضمان أيضاً ، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن . وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه لا ضمان عليهما ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع ، بدليل أنهما جملا شهادة شاهدي الأصل شهادة ، فلم يلزم شاهدي الأصل ضمان لعدم تعلق الحكم بشهادتهما .

ولنا : أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل ، بدليل اعتبار عدالتهما ، فإذا رجعا ضمنا كشاهدي الفرع .

٨٤٩٩

(فصل)

وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ، غرم جميع المال ، نص عليه أحمد في رواية جماعة . وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف ، لأنه أحد حجتى الدعوى ، فكان عليه النصف ، كما لو كانا شاهدين . ولنا : أن الشاهد حجة الدعوى ، فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققه أن البين قول الخصم ، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم ، فخرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم ، وبهذا ينفصل عما ذكره . ولو سلمنا أنها حجة ، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ، ولهذا لم يحز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر . قال أبو الخطاب : ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا قلنا : ترد البين على المدعى .

٨٥٠٠

(فصل)

وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا : عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا ، لأن القصاص يفتى عن تعزيرهم ، وإن كان أفي مال عزروا وغرموا ، لأنهم جنوا جنابة كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهي شهادة الزور . ويحتمل أن لا يعزروا ، لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه فلا يشرع . وإن قالوا : أخطأنا لم يعزروا ، لأن الله تعالى قال : ( وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا كُنْ إِمَّا تَمَتَّتْ فُؤُوبُكُمْ )<sup>(١)</sup> هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطأ ، وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم .

٨٥٠١

﴿مسألة﴾

قال : ﴿ وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان ، كانت دية اليد في بيت المال ﴾ .

وجعلته : أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما ، فلا ضمان على الشاهدين ، لأنهما مقيان على أنها صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجحين عن الشهادة فإنهما اعترفا بكذبهما . ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام الذي تولى ذلك ، لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لأنه مخطن . ويجب الدية وفي محلها روايتان :

إحداهما : في بيت المال ، لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم ، وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته ، فيجانب ضمان ما يخطئ فيه على عائلته لإجفاف بهم ، فأنقض ذلك التخفيف منه بحمله في بيت المال ، ولهذا المعنى حلت العاقلة دية الخطأ عن القاتل .

والرواية الثانية : هي على عاقلة مخففة مؤجلة . لما روى أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء (١) ، فأرسل إليها ، فأجهضت ذابطهما ، فبلغ ذلك عمر فشاور الصعابة ، فقال بعضهم : لا شيء عليك ، إنما أنت مؤدب ، وقال على : عليك الدية ، فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك يعني قريشاً لأنهم عاقلة عمر ، ولو كانت في بيت المال لم يقسمها على قومه ، ولأنه من خطئه فتعمله عاقلته كخطئه في غير الحكومة . وللشافعي قولان كالروايتين .

فإذا قلنا : إن الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثالث فصاعداً ولا تحمل الكفارة ، لأن العاقلة لا تحمل الكفارة في محل الوفاق كذا هنا وتكون الكفارة في ماله .

وإذا قلنا : إنه في بيت المال ، فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير ، لأن جملة في بيت المال لعله أنه نائب عنهم ، وخطأ النائب على مستنبيه ، وهذا يدخل فيها يكثر خطؤه ، فحتمل الضمان في ماله يجهف به وإن قل لكثرة تكرره ، وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه . قال أصحابنا :

(١) هذه القصة أخرجهما عبد الرزاق والبيهقي عن الحسن قال : أرسل عمر بن الخطاب إلى امرأة فغيبية كان يدخل عليها وأنكر ذلك فأرسل إليها فقبل لها أجبي عمر فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ، فيينا هي في الطريق فزعت فضر بها الطلاق فدخلت داراً فألقت ولدها فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب وصمت على ، فأقبل على على فقال : ما تقول ؟ قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هـ - واك فلم ينصحوا لك ، أرى أن ديتك عليك فإنك أنت أفزعها وألقت ولدها في مديك فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش يعني يأخذ عقله من قريش لأنه أخطأ .

منتخب كنز العمال ج ٦ ص ١٤٩ (ف) -



وإن كان الولي استوفاه فهو كالمستوفاه الحاكم ، لأن الحاكم سلطه على ذلك وممكنه منه ، والولي يدعى أنه حقه .

فإن قيل : فإذا كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه ، كالمحكم له بمال فقبضة ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفى دون الحاكم كذا ها هنا .

قلنا : ثم حصل في يد المستوفى مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن ألتف ، وها هنا لم يحصل في يده شيء ، وإنما ألتف شيئاً بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترا .

## ( فصل )

٨٥٠٢

وإن شهد بالزنا أربعة ، فزكاهم اثنان ، فرجم للشهود عليه ، ثم بان أن الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم ، فلا ضمان على الشهود ، لأنهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقيناً ، والضمان على الزكين . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال القاضي : الضمان على الحاكم ، لأنه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على الزكين ، لأن شهادتهما شرط وليست للوجبة . وقال أبو الخطاب في رموس المسائل : الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا .

ولنا : أن الزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله ، فلزمهما الضمان كشهود الزنا إذا رجعوا ، ولا ضمان على الحاكم ، لأنه أمكن إحالة الضمان على الشهود فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة . وقوله : إن شهادتهم شرط لا يصح ، لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان وإن لم يشهدوا بالسبب . وقد نص عليه أحمد .

وقول أبي الخطاب لا يصح ، لأن شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف الزكين ، فإنه تبين كذبهم ، وأنهم شهدوا بالزور ، وأما إن تبين فسق الزكين فالضمان على الحاكم ، لأن التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث ، فيلزمه الضمان ، كالمحكم قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم .

## ( فصل )

٨٥٠٣ -

ولو جلد الإمام إنساناً بشهادة شهود ، ثم بان أنهم فسقة أو كفر أو عبيد ، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر الضرب ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه .

ولنا : أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه ، كالمحكم أو قتله .

## ( فصل )

٨٥٠٤

ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ، ثم بان أنهما فاسقان أو كافران ، فإن الإمام ينقض حكمه ويرد

المال إن كان قائماً ، وعوضه إن كان تالفاً ، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره ، فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على الشهود له . وعن أحد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ، ويفرم الشهود المال . وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ، ولا يفرم الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد . واختلف أصحاب الشافعى فيه أيضاً . ولا خلاف بين الجميع فى أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين ، وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين ، ففقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين ، فإن شهادة الفاسقين يجمع على ردها ، وقد نص الله تعالى على التبيين فيها فقال تعالى ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا <sup>(١)</sup> ) وأمر بإشهاد العدول وقال ( وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ <sup>(٢)</sup> ) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى ( يَمُنَّ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ <sup>(٣)</sup> ) فيجب نقض الحكم لفوات المدلة ، كما يجب نقضه لفوات الإسلام ، ولأن النسق معنى ، لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه . فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق فى العقوبات . إذا ثبت هذا : فإن أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ، ومتى جرح الشهود عليه البينة لم تسمع بيئته بالنسق ، ولكن يسأل عن الشاهدين ، ولا تسمع على الفسق شهادة ، لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد ، فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا : أنه معنى يتعلق بالحكم به ، فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية . وقوله : لا يتعلق به حق أحد ، ممنوع ، فإن الشهود عليه يتعلق حقه بفسقه فى منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده ، وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق ، فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبينة ، كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه ، ولأنه إذا لم تسمع البينة الفسق أدى إلى ظلم الشهود عليه ، لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين إلا شهود الشهود عليه ، فإذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له ، فأما إن قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين ، نظر فى الحاكم الذى حكم بشهادتهما ، فإن كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه ، لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً ، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه ، لأن الحاكم به يعتقد بطلانه . والفرق بين المال والإنلاف أن المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه ، لأن كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على أخذه ، لأنه أخذه بغير إذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه ، أما الإنلاف فإنه لم يحصل به فى يد المتلف شيء يردده ولم يمكن تضمينه ، لأنه إنما أنلفه بحكم الحاكم وتسليطة عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول : استوفيت حقي ، ولم يثبت خلاف دعواه ، ولم يمكن تضمين الشهود ، لأنهم يقولون : شهدنا بما علمنا ، وأخبرنا

بما رأينا ، وسمعنا ، ولم نسكن شهادة الله تعالى التي لزمتنا أداؤها ، ولم يثبت كذبهم ، فوجب إحالة الضمان على الحاكم ، لأنه حكم من غير وجود شرط الحكم ، ويمكن من إتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه ، فوجب إحالة الضمان عليه .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٠٥

قال : ﴿ وإذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، حلف مع شاهده وصار حراً ﴾

روى عن أحمد في هذا روايتان :

إحداهما : أن العتق ثبت بشاهد ويمين ، وهو اختيار أبي بكر ، لأنه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ، ولأنه إتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالإتلاف بالفعل . وإفضاؤه إلى تكميل الأحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين ، بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء وينبئ عليها النسب الذي لا يثبت بشهادتهن .

والرواية الثانية : لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين ، لأنها ليست بمال ولا لمنصود منها المال ، وبطلع عليها الرجال في غالب الأحوال ، فأشبهت الحدود والنصاص ، والله أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٠٦

قال : ﴿ ومن شهد بشهادة زور ، أدب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر أنه شاهد زور ، إذا تحقق تعمده لذلك ﴾ .

وجملة ذلك : أن شهادة الزور من أكبر الكبائر ، قد نهى الله عنها في كتابه مع نهيه عن الأوثان ، فقال تعالى ( فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ )<sup>(١)</sup> وقد روى عن خريم<sup>(٢)</sup> بن فاك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله » ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى ( فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ )<sup>(٣)</sup> رواه أبو داود ، وروى هذا عن ابن مسعود من قوله .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يا رسول الله ،

(١) سورة الحج آية ٣٠

(٢) خريم بن فاك : بضم الحاء المعجمة بعدها راء مهملة مفتوحة بعدها ياء ساكنة وميم ؛ صحابي وحديثه في

سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٧٤ ونصه عنه : « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً فقال : عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله ثلاث مرار ثم قرأ : فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول

الزور ، حنفاء لله غير مشركين به » (ف)

(٣) سورة الحج آية ٣٠ .

قال : الإشرak بالله وعموق الوالدين ، وكان متسككاً فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور . فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت « متفق عليه .

وروى أبو حنيفة عن محارب بن دينار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « شاهد الزور لا تزول قدماء حتى تجب له النار »<sup>(١)</sup> .

فتم ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة . وقال أبو حنيفة : لا يعزر ولا يشهر ، لأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالمظهر . وروى عنه الطحاوي أنه يشهر ، وأنكره المتأخرون .

ولنا : أنه قول محرم بضربه به الناس فأوجب العقوبة على قائله ، كالسب والقذف ، ويخالف الظهار من وجهين :

أحدهما : أنه يختص بضربه .

والثاني : أنه أوجب كفارة شاقة هي أشد من التعزير ، ولأنه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً .

وإذا ثبت هذا : فإن تأديبه غير مقدور ، وإنما هو مفوض إلى رأى الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده ، وإن رآه مجس أو كشف رأسه وإهانتته وتوبيخه فعل ذلك ، ولا يزيد في جلده على عشر جلدات . وقال الشافعي : لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود . وقال ابن أبي ليلى : يجلد خمسة وسبعين سوطاً ، وهو أحد قولى أبي يوسف . وقال الأوزاعي في شاهدي الطلاق : يجلدان مائة مائة وبضمان الصداق .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه .

وقال القاسم وسالم : يخفق سبع خفقات .

وقال شريح : يجلد أسواطاً .

فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف في سوق إن كان من أهل السوق ، أو قبيلته إن كان من أهل

(١) شاهد الزور لا تزول قدماء حتى يوجب الله له النار . أخرجه أبو نعيم في الحلية والحاكم عن ابن عمر وابن ماجه ج ٢ ص ٦٧ (ف) .

القبائل ، أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ، ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليه السلام ويقول هذا شاهد زور فأعرفوه . وهذا مذهب الشافعي .

وأثنى الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه ، وعنده القاسم وسالم قتالا : سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال : هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ، ففعل ذلك به .

ولا يسخم وجهه ، ولا يركب ، ولا يكلف أن ينادى على نفسه .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه يجلد أربعين جلدة ، ويسخم وجهه ، ويطال حبسه » رواه الإمام أحمد .

وقال سوار : يلعب ويدار به على خلق المسجد فيقول : من رآني فلأ يشهد بزور .

وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بخلق نصف ردوسهم ، وتسخم وجوههم ، ويطاف بهم في الأسواق والذي شهدوا له معهم .

ولنا : أن هذا مثلة ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة . وما روى عن عمر فقد روى عنه خلافه ، وأنه حبسه يوماً وخلي سبيله .

وفى الجملة ليس فى هذا تقدير شرهى ، فافعل الحاكم بما يراه ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ، ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك ، إما بإقراره ، أو يشهد على رجل بفعل فى الشام فى وقت ويعلم أن المشهود عليه فى ذلك الوقت فى العراق ، أو يشهد بقتل رجل وهو حى ، أو أن هذه البهيمة فى يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك ، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً فى وقت وقد مات قبل ذلك الوقت ، أو لم يولد إلا بعده ، وأشبه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك .

فأما تعارض البيهتين ، أو ظهور فسقه أو غلظه فى شهادته فلا يؤدب به ، لأن الفسق لا يمنع الصدق ، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البيهتين بهينها ، والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قال الله تعالى ( وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ )<sup>(١)</sup> وقال النبي صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »<sup>(٢)</sup> .

(١) سورة الأحزاب آية ٥ .

(٢) سبق تخريجه (ف)

٨٥٠٧

( فصل )

ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور ، تبين أن الحكم كان باطلا ولزم نقضه ، لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به . فإن كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه ، وإن كان إتلافاً فعلى الشاهدين ضمانه ، لأنهما سبب إتلافه ، إلا أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له ، فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما ، وقد بينا حكم ذلك .

٨٥٠٨

( فصل )

فإذا تاب شاهد الزور ، وأنت على ذلك مدة تظهر فيها توبته ، وتبين صدقه فيها وعدالته ، قبلت شهادته ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو نور . وقال مالك : لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

ولنا : أنه تائب من ذنبه قبلت توبته كسائر التائبين .

وقوله : لا يؤمن منه ذلك .

قلنا : مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل سائر التائبين ، فإنه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها ، وشهادتهم مقبولة والله أعلم .

٨٥٠٩

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا غير العدل شهادته بخضرة الحاكم ، فزاد فيها أو نقص ، قبلت منه ما لم يحكم بشهادته ﴾ . وهذا مثل أن يشهد بمائة ثم يقول : هي مائة وخمسون ، أو يقول : بل هي تسعون ، فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً ، وبهذا قال أبو حنيفة والنورى وسليمان بن حبيب الحاربي وإسحاق . وقال الزهري : لا تقبل شهادته الأولى ولا الآخرة ، لأن كل واحدة منهما ترد الأخرى وتعارضها ، ولأن الأولى مرجوع عنها ، والثانية غير موثوق بها ، لأنها من مقر بطله وخطئه في شهادته فلا يؤمن ، أن يكون في العاط كالأولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوله ، لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم ، فلم يقبل رجوعه عنها ، كما لو اتصل بها الحكم .

ولنا : أن شهادته الآخرة من عدل غير متهم لم يرجع عنها ، فوجب الحكم بها : كما لو لم تقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الأولى ، لأنها قد بطلت برجوعه عنها ، ولا يجوز الحكم بها ، لأنها شرط الحكم ، فيمتنع استمرارها إلى انقضائه . ويفارق رجوعه بعد الحكم ، لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه ، فلا ينقض بعد تمامه .

٨٥١٠

(فصل)

وإن شهد بألف ثم قال قبل الحكم : قضاؤه منه خمسمائة ، فسدت شهادته . ذكره أبو الخطاب فقال : إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال أحدهما : قضاؤه منه خمسمائة ، بطلت شهادته ، وذلك أنه شهد بأن الألف جميعه عليه وإذا قضاؤه خمسمائة لم تكن الألف كله عليه ، فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته ، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال : بل بخمسمائة ، لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بلفظ نفسه ، وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع ، والمنصوص عن أحد أن شهادته تقبل بخمسمائة ، فإنه قال : إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم : قضاؤه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة ، فصحح شهادته في نصف الألف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر أنه قضاؤه ، لأن ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به ، فأشبهه ما لو قال : أشهد بألف بل بخمسمائة .

قال أحمد : ولو جاء بعد هذا المجلس فقال : أشهد أنه قضاؤه منه خمسمائة ، لم يقبل منه ، لأنه قد أمضى الشهادة ، فهذا يحتمل أنه أراد به أنه إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه ، لأن الألف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ، ولا تقبل شهادته بالقضاء ، لأنه لا يثبت بشاهد واحد . فأما إن شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال : قضاؤه منه خمسمائة ، قبلت شهادته في باقي الألف وجهاً واحداً ، لأنه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف .

٨٥١١

﴿مسألة﴾

قال : ﴿ وإذا شهد شاهد بألف ، وآخر بخمسمائة ، حكم لدعي الألف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الأخرى إن أحب ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء ، وشهد الآخر ببعضه ، صحت الشهادة ، وثبت ما اتفقا عليه وحكم به ، وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وأبي عبيد . وحكى عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان ، شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة ، وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين ، فقال : قد اختلفتما قوماً . وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة ، لأن الإقرار بالألف غير الإقرار بالألفين ، فلم يشهد بكل إقرار إلا واحد .

ولنا : أن الشهادة قد كُتبت فيما اتفقا عليه فحكم به ، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه ، وما ذكره من أن كل إقرار إنما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف عشياً ، فإن الشهادة تكمل ، مع أن كل إقرار إنما يشهد به واحد ، فأما ما انفرد به أحدهما فإن الدعي

أن يحلف معه ويستحق ، وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين ، وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات . فأما إن اختلفت ، مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض ، وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ، ويشهد شاهد بألف بيض ، وآخر بخمسمائة سود ، أو يشهد شاهد بألف دينار ، والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البيعة وكانت له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ، ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به .

٨٥١٢

(فصل)

فإن شهد له شاهدان بألف ، وشاهدان بخمسمائة ، ولم تختلف الأسباب والصفات ، دخلت الخمسمائة في الألف ، ووجب له بالشهادتين مائة . وإن اختلفت الأسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لأنهما مختلفان .

٨٥١٣

(فصل)

وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف ، وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة ، لم تكمل البيعة لاختلافها في صفة البيع ، وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه . وإن شهد له بكل عقد شاهدان ، ثبت البيعان . وإن أضافا البيع إلى وقت واحد ، مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف ، وشهد الآخر أنه باعه مع الزوال بخمسمائة ، تعارضت البيعتان وسقطتا ، لأنه لا يمكن اجتماعها ، وكل بيعة تكذب الأخرى . وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد ، كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان ، لأن التعارض إنما يكون بين البيعتين الكاملتين .

٨٥١٤

(فصل)

وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان ، وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان ، وله أن يحلف مع الآخر على درهم ، لأنها اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم ، فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة . وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان ، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ، ثبت له درهمان ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ثلاثة ، لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما ، كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألفان . قال القاضي : ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة .

ولنا : أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة ، فقد تعارضت البيعتان في الدرهم ، وتخالف الزيادة في الأخبار ، فإن من يروى الناقص لا ينفي الزيادة ، وكذلك من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر .



فإن قيل : فلم قلتُ إنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا ، وإن شهد واحد لم تعارضتا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها .

قلنا : لأن الشاهدين حجة وبينة ، فإذا كملت من الجانبين تعارضت الحججتان لتعذر الجمع بينهما ، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده ، وإنما يصير حجة مع اليمين ، فإذا حلف مع أحدها كانت الحجة يمينه ، ولم يعارضها ما ليس بحجة ، كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥١٥

قال ﴿ ومن ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك وقال : كذبت أنسيتها ، قبلت منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ، ثم شهد بها وقال : كذبت أنسيتها ، قبلت ولم ترد شهادته ، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، وإذا كان ناسياً لها فلا شهادة عنده فلا نكذبه مع إمكان صدقه . ولا يشبه هذا إذا ما قال : لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا تسمع ، فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البينة ، والإنسان إذا أخذ بإقراره ، وقول الشاهد لا شهادة عندي ليس بإقرار ، فإن الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكرها ، فإذا اعترف بها كان إقراراً بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار ، ولأن الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره ، فإذا ذكرها صارت عنده ، فلا تنافي بين القولين ، وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ثم استشهد بعد ذلك ، فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥١٦

قال : ﴿ ومن شهد بشهادة يجرّ إلى نفسه بعضها ، بطلت شهادته في الكل ﴾ .

وجملته : أن من شهد بشهادة له بعضها ، مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة ، أو يشهد على زيد بداره ولعمرو ، فإن شهادته تبطل في الكل . وقال الشافعي : فيها قولان : أحدهما : كقولنا .

والثاني : نصح شهادته لغيره لأنه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك .

ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبيد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم ، فادعى أنهم قبضوها منه ، فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً ، فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فإن شهادتهما تقبل عليه ويشاركها فيما أخذنا من المال .

ولنا : أنها شهادة رد بعضها للتهمة فترد جميعها ، كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ، ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي ، أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٥١٧

قال : ﴿ وإذا مات رجل وخلف ابناً وألف درهم ، فادّعى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الأب ، وادّعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن ، فإن كان في مجلس واحد كان الألف بينهما ، وإن كان في مجلسين كان الألف للأول ولا شيء للثاني ﴾ .

وجملته : أن الميت إذا خلف وارثاً وتركه ، فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغفر ميراثه ، فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها ، فإذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت ، فإن كان في المجلس صح الإقرار واشتركا في التركة ، لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض ، فما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ في البيع ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الإقرار ، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل إقراره ، لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الأول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ، ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره ، وقال الشافعي : يقبل إقراره ويشتركان فيها ، لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، ولو أقر الموروث لها لقبول فكذلك الوارث ، ولأن منعه من الإقرار يفضي إلى إسقاط حق العرماء ، فإنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بغيثته ، ولأن من قبل إقراره أولاً قبل إقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالموروث .

ولنا : أنه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل ، كما إقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجاني ، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح ، لأن الدين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بدمته ، وإن أقر في مرضه لم يحاص للمقر له غرماء الصحة لذلك ، وإن أقر في مرضه لغريم يستغفر دينه تركته ثم أقر لآخر في مجلس آخر صح وشارك الأول . والفرق بينه وبين الوارث أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين ديناً آخر ، فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالإقرار ، بخلاف الوارث ، فإنه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله ، فلا يملكه بقوله ، ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين .

### ( فصل )

٨٥١٨

وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ، ثم أقر به لغيره ، فهو للأول ولا شيء للثاني فيه ، سواء كان في مجلس أو مجلسين ، لأنه باعترافه للأول ثبت له الملك فيه ، فصار إقراره للثاني لإقراراً له بملك غيره فلم يقبل ، وتترجم للمقر غرامته للثاني ، لأنه فوتته عليه بإقراره به لغيره ، فأشبه ما لو غصبه عنه فدفعه إلى غيره .

٨٥١٩

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن ادعى دعوى على مريض ، فأوما برأسه : أى نعم ، لم يحكم بها حتى يقول بلسانه ﴾ .  
وجملته : أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه ، وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه ، وبهذا  
قال الثورى ، وقال الشافعى : يقبل إقراره بإشارته إذا كان عاجزاً عن الكلام ، لأنه إقرار بالإشارة من  
عاجز عن الكلام فأشبهه إقرار الأخرس .

ولنا : أنه غير مأبوس من نطقه ، فلم تقم إشارته مقام نطقه كالصحيح . وبهذا فارق الأخرس ، فإنه  
مأبوس من نطقه ، ولهذا لو ارتج عليه فى الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الأخرس . والآيسة يفرق  
بينها وبين من ارتفع حيزها مع إمكانه فى العدة ، ولأن عجزه عن النطق غير متحقق ؛ فإنه يحتمل أن يترك  
الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه . وإن صار إلى حال يتحقق الإياس من نطقه لم يوثق بإشارته لأن  
المرض الذى أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه ، فيجوز أن يكون أثر فى عقله أو فى سمعه فلم يدر ما قيل له  
بخلاف الأخرس . ولأن الأخرس قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومماثلة النطق ،  
وهذا لم تتكرر إشارته ، فلم له لم يرد الإقرار إنما أراد الإنكار أو إسكات من يسأله ، ومع هذه الفروق  
لا يصح القياس .

٨٥٢٠

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن ادعى دعوى وقال : لا بينة لى ، ثم أتى بعد ذلك ببينة ، لم تقبل لأنه مكذب لبينته ﴾ .  
وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو يوسف وابن المنذر : تقبل ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه  
يجوز أن ينسى ، أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم ، فلا يثبت بذلك أنه أكذب بينته .  
وقال بعض أصحاب الشافعى : وإن كان الإشهاد أمراً تولاه بنفسه لم نسمع بينته ، لأنه أكذبها . وإن كان  
وكيله أشهد على المدعى عليه ، أو شهد من غير علمه ، أو من غير أن يشهدهم سمعت بينته ، لأنه معذور  
فى نفيه إياها ، وهذا القول حسن .

ولنا : أنه أكذب بينته بإقراره أنه لا يشهد له أحد ، فإذا شهد له إنسان كان تكذيباً له ، وبفارق  
الشاهد إذا قال : لا شهادة عندى ثم قال : كنت نسيها ، لأن ذلك إقرار لغيره بحد الإنكار ، وها هنا  
هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه . والحكم فيما إذا قال : كل بينة لى زور كالحكم فيما إذا قال :  
لا بينة لى على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

## (فصل)

٨٥٢١

وإن قال : ما أعلم لي بينة ، ثم أتى بينة سمعت ، لأنه يجوز أن تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها . قال أبو الخطاب : ولو قال : ما أعلم لي بينة ، فقال شاهدان : نحن نشهد لك سمعت بينته .

## ﴿مسألة﴾

٨٥٢٢

قال ﴿ وإذا شهد الوصى على من هو موسى عليهم قبلت شهادته ، وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا في حجره ﴾ .

أما شهادته عليهم فقبولة لا فعل فيه خلافاً ، فإنه لا يهتم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ، ولا يدفع عنهم بها ضرراً ، وأما شهادته لهم إذا كانوا في حجره فغير مقبولة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى . وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره ، لأنه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية .

ولنا : أنه شهد بشيء هو خصم فيه ، فإنه الذي يطالب بمقتوهم ويخامم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته ، كما لو شهد بحال نفسه ، ولأنه يأخذ من ماله عند الحاجة فيسكون منهما في الشهادة به . فأما قوله : إذا كانوا في حجره ، فإنه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذي منع قبولها . والحكم في أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء .

## ﴿مسألة﴾

٨٥٢٣

قال ﴿ وإذا شهد من يُخنق في الأحيان قبلت شهادته في إفاقته ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . ومن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور . ولا أحسبه إلا مذهب أهل الكوفة ، وذلك لأن الاعتبار في الشهادة بحال أدائها ، وهو في وقت الأداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبي إذا كبر ؛ ولأنه عدل غير منهم فقبلت شهادته كالصحيح . وزوال عقله في غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذي ينام ، والمرضى الذي يفنى عليه في بعض الأحيان .

## ﴿مسألة﴾

٨٥٢٤

قال ﴿ وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة إذا لم يقدر على طبيبين ، وكذلك البيطار في داء الدابة ﴾ . وجماعه : أنه إذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أولاً ؟ أو فيما كان أكثر منها كالفاشمة والمثقة والأمة والدانة ؟ أو أصفر منها كالباضة والمتلاحة والدمحاق ، أو في الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها

إلا الأطباء ؟ أو اختلافاً في داء يختص بمعرفة الأطباء ، أو في داء الدابة ؟ فظاهر كلام الخرقى : أنه إذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء واحد . لأنه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق ، فإن لم يقدر على اثنين أجراً واحداً ، لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به . لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد ، بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة ، فقبول قول الرجل الواحد أولى .

## ( فصل )

٨٥٢٥

قال أحمد رحمه الله : إذا قال : اشهّن على مائة درهم ومائة درهم ، فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول : أشهدوني<sup>(١)</sup> على مائة ومائة بحكمه كله للحاكم كما كان ، وقال أحمد : إذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين ، فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لي على مائة لم يشهد إلا بألف . قال القاضي : وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد . قال الله تعالى ( ذَلِكَ أَذَنُ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا )<sup>(٢)</sup> ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه ، لساغ للقاضي أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد .

وقال أبو الخطاب : عندي يجوز أن يشهد بذلك ، لأن من شهد بألف فقد شهد بمائة ، فإذا شهد بمائة لم يكن كاذباً في شهادته ، فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى ، والأول أصح لما ذكره القاضي ، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التي شهدت بأصله ، فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين .

## ﴿ فصل ﴾

٨٥٢٦

قال أحمد : إذا شهد بألف درهم ومائة دينار ، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . قال القاضي : لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك ، جاز أن تحمل الشهادة عليه ، والله أعلم .

(١) في ألفي طبعة رشيد ج ١٢ ص ١٦١ والفتي ج ٩ ص ٢٧١ « أشهدوني » والصواب ( أشهدوني )

كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٠ وفيه تكررت مائة ثلاث مرات بدلاً من مائتين ها (ف)

(٢) سورة اللائدة آية ١٠٨ .

## كتاب الدعاوى والبيّنات

الدعوى فى اللغة : إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً مملوكاً أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك .

وهى فى الشرع : إضافته إلى نفسه استحقاق شيء فى يد غيره أو فى ذمته .

والدّعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل : الدعوى الطلب . قال الله تعالى : ( وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ )<sup>(١)</sup> وقيل : الدّعى : من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره ، أو إثبات حق فى ذمته . والدّعى عليه : من ينكر ذلك .

وقيل : الدّعى : من إذا ترك لم يسكت ، والدّعى عليه : من إذا ترك سكت . وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد ، فيدعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه . والأصل فى الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على الدّعى عليه » رواه مسلم<sup>(٢)</sup> وفى حديث « البيّنة على الدّعى ، واليمين على الدّعى عليه »<sup>(٣)</sup> ولا تصح الدعوى إلا من جاز التصرف .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٥٢٧

قال أبو القاسم رحمه الله : « ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بيّنة فرّق بينهما ولم يحلف » . وجملة : أن النكاح لا يستحلف فيه ، رواية واحدة ، ذكره القاضى . وهو قول أبى حنيفة ، ويتخرج أن يستحلف فى كل حق لادعى ، وهو قول الشافعى وابن المنذر ، ونحوه قول أبى يوسف ومحمد ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على الدّعى عليه » ولأنه حق لادعى فيستحلف فيه كاللّال ، ثم اختلفوا ، فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف فى النكاح ، فمن نكل أزم النكاح . وقال الشافعى : إن نكل ردت اليمين على الزوج فخلف وثبت النكاح .

وأنا : أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحل . يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباع بالنكول ولا بهويمين المدعى كالحلود ، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية ، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين ، أو للجهل بحقيقة الحال ، أو للحياء من الحلف والتبذل فى مجلس الحاكم . ومع

(١) سورة يس آية ٥٧

(٢) ورواه أيضاً البخارى فى التفسير ج ٦ ص ٤٣ وابن ماجه ج ٢ ص ٥٢ عن ابن عباس والنسائى كذلك

ج ٨ ص ٢٤٨ (ف) .

(٣) أخرجه الترمذى ج ١ ص ٢٥١ وفيه مقال (ف)

هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاج له . ويمين المدعى إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وإثم كبير ، ويمكن من وطء امرأة بمحتمل أن تكون أجنبية منه .

وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء فلا بدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود ، فالنكاح في معناه ، بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود ، لكون الشهادة شرطاً في انعقاده ، أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة ، والحدود بخلاف ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويحلى سبيلها . وإن قلنا : إنها تخاف على الاحتمال الآخر فـسكت ، لم يقض بالنكاح ، وتجبس في أحد الوجهين حتى تقرأ أو تخلف ، وفي الآخر يحلى سبيلها ، وتسكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعى محقاً ، أو تخلف فتبرأ إن كان مبطلاً .

## ( فصل )

٨٥٢٨

وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتج إلى ذكر شرائط النكاح ، فيقول : تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها إن كانت ممن يمتبر رضاها . وهذا منصوص الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج إلى ذكر شرائطه ، لأنه نوع ملك فأشبهه ملك المبد ، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول : وليست معتدة ولا مرتدة ؟

ولنا : أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح ، فمنهم من يشترط الولي والشهود ، ومنهم من لا يشترط ، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه . وقد يدعى نكاحاً يمتقده صحباً والحاكم لا يرى صحته ، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البيئة بها . وتغارق المال ، فإن أسبابه تنحصر ، وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه ، والمقود تسكّر شروطها . ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطاً سبعة ، وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها . والأموال مما يتساهل فيها ، ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقودهما فافترقا في لدعوى .

وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والأصل عدمها ، ولا تختلف به الأغراض . فإن كانت المرأة أمة والزوج حراً ، فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول وخوف العنت ، لأنهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما إن ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد ، لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين ، لأنه يثبت بالاستفاضة . ولو اشترط ذكر الشروط لا شترطت الشهادة به ، ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة . وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط لأنه دعوى نكاح فأشبهه دعوى العقد .

## ( فصل )

٨٥٢٩

وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها ، وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالصداق والنفقة

ونحوها ، سمعت دعواها بغير خلاف فعله ، لأنها تدعى حقاً لها تضيفه إلى سببه فتسمع دعواها ، كما لو أذعت ملكاً أضافته إلى الشراء . وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضي : تسمع دعواها أيضاً ، لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع ، وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه ، لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها . فإن قلنا بالأول مثل الزوج ، فإن أنكر ولم تسكن بيعة فالقول قوله من غير يمين ، لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها ، فلائ لا يستحلف من الحق له وهو بفسكه أولى . ويحتمل أن يستحلف ، لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين . وإن قامت البيعة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها . فأما لإباحتها له فتنبى على باطن الأمر ، فإن علم أنها زوجته حلت له ، لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق ، وإن علم أنها ليست امرأته ، إما لعدم العقد أو لبيئتها منه ، لم تحل له . وهل يمكن منها في الظاهر ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يمكن منها ، لأن الحاكم قد حكم بالزوجية .

والثاني : لا يمكن منها لإقراره على نفسه بتعريضها عليه ، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه ، كما لو تزوج امرأة ثم قال : هي أختي من الرضاة . فإذا ثبت هذا فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد . ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل .

### (فصل)

٨٥٣٠

فأما سائر العقود غير النكاح ، كالبيع والإجارة والصاح وغيرها ، فلا يفتقر إلى الكشف . وذكر الشروط في أصح الوجهين لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولي والشهود فلم تفتقر إلى الكشف كدعوى العين ، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها ، لأنها مبيع فأشبهت الجارية . وكذلك إذا كان للدعي عيناً أو ديناً لم يحتاج إلى ذكر السبب ، لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر ، وربما خفي على المستحق سبب استعاقبه فلا يكف بيان ، ويكفيه أن يقول : أستحق هذه العين التي في يده ، أو أستحق كذا كذا في ذمته . ويقول في البيع : إني اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم ، أو بعته منه بذلك ، ولا يحتاج أن يقول : وهي ملكه ، أو وهي ملكي ونحن<sup>(١)</sup> جائز الأمر وتفرقنا عن تراض .

وذكر أبو الخطاب في العقود وجهاً آخر ، أنه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح . وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً ، أنه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع ، لأنه

(١) هكذا في نسخ المغنى والمراد (ونحن جائز تصرفنا) يعني بمن لهم حق التصرف ، ويملكون أمر أنفسهم

ولا حجب عليهم (ف).



هقد يستباح به الوطاء فأشبهه النكاح ، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك ، والأول أولى ، لأنها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى الدين ، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سألها الحاكم عنه ، لتصير الدعوى معلومة ، فيمكن الحاكم الحكم بها . وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن إعادته هاهنا .

## (مسألة)

٨٥٣١

قال ﴿ ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكر ، وأقام كل واحد منهما بيعة ، حكم بها للدعي ببيئته ، ولم يلتفت إلى بيعة المدعى عليه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بسماع بيعة المدعى ويمين المدعى عليه ، وسواء شهدت بيعة المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه ﴾ .

وجملة ذلك : أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بيعة ، فإن بيعة المدعى تسمى بيعة الخارج وبيعة المدعى عليه تسمى بيعة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا ، فالشهور عنه تقديم بيعة المدعى ولا تسمع بيعة المدعى عليه بحال ، وهذا قول إسحاق . وعنه رواية ثانية إن شهدت بيعة الداخل بسبب الملك ، وقالت نتجت في ملكه ، أو اشتراها ، أو نسجها ، أو كانت بيئته أقدم تاريخاً قدمت وإلا قدمت بيعة المدعى ، وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النجاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه . فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بيئته ، لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا نفيده اليد ، وقد روى جابر بن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم اختصم<sup>(١)</sup> إليه رجلان في دابة أو بعير ، فأقام كل واحد منهما البيعة بأنها له أنتجها ، ف قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده » .

وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ، أن بيعة المدعى عليه تقدم بكل حال ، وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأبي عبيد ، وقال : هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى عن طاوس ، وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال : لا تقبل بيعة الداخل إذا لم تقدر إلا ما أفادته يده رواية واحدة ، واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنبة المدعى عليه أقوى ، لأن الأصل معه وبمينه تقدم على يمين المدعى ، فإذا تعارضت البيعتان وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بيعة لواحد منهما . وحديث جابر يدل على هذا ، فإنه إنما قدمت بيئته ليده .

(١) أخرجه البيهقي والدارقطني من حديث جابر ولفظه ج ٤ ص ٢٠٩ « عن جابر أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة فقال كل واحد منهما : نتجت هذه للناقة عندي وأقام بيعة ، ف قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده » وفي سننه يزيد بن نعيم . قال ابن القطان : لا يعرف حاله . وقال الحافظ في التلخيص : إسناده ضعيف (ف) .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البينة في جنبة المدعى فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة ، ولأن بينة المدعى أكثر فائدة ، فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل . ودلائل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن ، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعى كما تقدم على اليد ، كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الأصل لم تكن لهما مزية عليهما .

## ( فصل )

٨٥٣٢

وأى البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها . وقال الشافعي في أحد قوليه : يستحلف صاحب اليد ، لأن البينتين سقطتا بتعارضهما ، فصارا كمن لا بينة لهما ، فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة . ولنا : أن إحدى البينتين راجعة فيجب الحكم بها منفردة ، كما لو تعارض خبران خاص وعام ، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولأننا نعلم أن البينة الراجعة تسقط ، وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة .

## ( فصل )

٨٥٣٣

فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت ، فإن كانت البينة للمدعى وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب ، وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار ، منهم الزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى : يستحلف الرجل مع بينته . قال شريح لرجل : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة لإحدى حجتي الدعوى فيكتفي بها كاليمين .

قال أصحابنا : ولا فرق بين الحاضر والمائب ، والحي والميت ، والصغير والكبير ، والمجنون والمسكف . وقال الشافعي : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له ، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء ، فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لتزول الشبهة ، وهذا حسن ، فإن قيام البينة للمدعى بثبوت حقه لا ينفي احتمال القضاء والإبراء ، بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته ، فإن كان حاضراً مكافئاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفي بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فنشرع اليمين لنفيه . وإن لم تكن للمدعى

بيّنة وكانت للمنكر بيّنة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها ، لأننا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بيّنة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين ، لأنها أقوى من اليمين ، فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى . ويحتمل أن تشرع اليمين أيضاً لأن البيّنة هاهنا يحتمل أن تكون مستفدها اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف ، وذلك لا يفنى من اليمين فكذلك ما قام مقامه .

## ( فصل )

٨٥٣٤

وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه ، وأنه أودعها للداخل ، أو أعاره إياها ، أو أجرها منه ، ولم يكن لواحد منهما بيّنة ، فاقول قول المنكر مع يمينه ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان لكل واحد منهما بيّنة ، فبيّنة الخارج مقدمة ، وهذا قول الشافعي .

وقال القاضي : بيّنة الداخل مقدمة ، لأنه هو الخارج في المعنى ، لأنه ثبت أن المدعى صاحب اليد ، وأن يد الداخل نائبة عنه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « البيّنة على المدعى » ولأن اليمين في حق المدعى عليه ، فتكون البيّنة للمدعى كما لو لم يدّع الإبداع . يحققه أن دعواه الإبداع زيادة في حجته ، وشهادة البيّنة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطلّة لبيّنته . وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها ، وأقاما بيّنتين ، فهي للخارج ، ويقتضى قول القاضي أنها للداخل ، والأولى ما ذكرناه .

## ( فصل )

٨٥٣٥

فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ، ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر ، فادعاهما كل واحد منهما كلها ، ولا بيّنة لواحد منهما ، فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه ، وإن أقاما بيّنتين ، وقلنا : تقدم بيّنة الخارج فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه ، وإن قلنا : تقدم بيّنة الداخل ، فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين .

## ( فصل )

٨٥٣٦

فإن كان في يد كل واحد منهما شاة ، فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه له ، ولا بيّنة لهما ، حلف كل واحد منهما لصاحبه ، وكانت الشاة التي في يده له . وإن أقاما بيّنتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما . وإن كان كل واحد منهما قال : هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه ، فالتعارض في النتاج لا في الملك ، إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى ، والحكم على ما تقدم . وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي ، وأقاما بيّنتين تعارضتا ،

وانبنى ذلك على القول فى بيئنة الداخل والخارج ، فمن قدّم بيئنة الخارج جعل لكل واحد منهما ما فى يده الآخر ، ومن قدّم بيئنة الداخل ، أو قدّمها إذا شهدت بالتنازع ، جعل لكل واحد منهما ما فى يده .

## (فصل)

٨٥٣٧

وإذا ادعى زيد شاة فى يد عمرو ، وأقام بها بيئنة ، فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد ، وأقام بها بيئنة . فإن قلنا : بيئنة الخارج مقدّمة لم تسمع بيئنة عمرو ، لأن بيئنة زيد مقدّمة عليها ، وإن قلنا : بيئنة الداخل مقدّمة نظرنا فى الحكم كيف وقع ، فإن كان حكم بها لزيد لأن عمرأ لا بيئنة له ردت إلى عمرو ، لأنه قد قامت له بيئنة ولايد كانت له ، وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بيئنة الخارج لم ينقض حكمه ، لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه ، وإن كانت بيئنة عمرو قد شهدت له أيضاً وردّها الحاكم لنفسها مم عدلت لم ينقض الحكم أيضاً ، لأن الناسق إذا ردت شهادته لنفسه ثم أعادها بعد لم تقبل ، وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض ، لأن حكم الحاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال . فإن جاء ثالث فادعاها وأقام بها بيئنة ، فبيئنته وبيئنة زيد متعارضتان ، ولا يحتاج زيد إلى إقامة بيئنته ، لأنها قد شهدت مرة وهما سواء فى الشهادة حال التنازع ، فلم يحتاج إلى إعادتها كالبيئنة إذا شهدت ، ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فإنها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا ها هنا .

## (فصل)

٨٥٣٨

وإذا كان فى يد رجل شاة ، فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بيئنة ، وادعى الذى هى فى يده أنها فى يده منذ سنتين وأقام بذلك بيئنة ، فهى للدعى بغير خلاف ، لأن بيئنته تشهد له بالملك ، وبيئنة الداخل تشهد باليد خاصة ، فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما ، بأن تكون اليد على غير ملك ، فكانت بيئنة الملك أولى . فإن شهدت بيئنة بأنها مملوكة منذ سنتين ، فقد تعارض ترجيحان ، تقدم التاريخ من جهة بيئنة الداخل ، وكون الأخرى بيئنة الخارج ، فقيه روايتان :

إحداها : تقدم بيئنة الخارج ، وهو قول أبى يوسف ومحمد وأبى ثور ، ويقضى به عموم كلام الخرق ، أقوله صلى الله عليه وسلم « البيئنة على الدعى » ولأن بيئنة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد ، فلا تفيد أكثر مما تفيد اليد ، أشبهت الصورة التى قبلها .

والثانية : تقدم بيئنة الداخل ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، لأنها تضمنت زيادة ، فإن كانت بالعكس فشهدت بيئنة الداخل أنه يملكها منذ سنة ، وشهدت بيئنة الخارج أنه يملكها منذ سنتين ، قدمت بيئنة الخارج إلا على الرواية التى تقدم فيها بيئنة الداخل فيخرج فيها وجهان ، بناء على الروايتين فى التى قبلها . وظاهر مذهب الشافعى تقديم بيئنة الداخل على كل حال ، وقال بعضهم فيها قولان .

وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة ، وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بيّنة ، قدمت بيّنة الداخل . ذكره القاضي ، وهو قول أبي ثور . فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بيّنة الداخل تشهد بنتاج ، أو بشراء ، أو غنيمة ، أو إرث ، أو هبة من مالك ، أو قطعة من الإمام ، أو سبب من أسباب الملك ، ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما . وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضى له بها ، لأن بيّنة الابتياح شهدت بأمر حادث خفي على البيّنة الأخرى ، فقدمت عليها كتقديم بيّنة الجرح على بيّنة التعديل .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٣٩

قال: ﴿ ولو كانت الدابة في أيديهما ، فأقام أحدهما البيّنة أنها له ، وأقام الآخر البيّنة أنها له نتجت في ملكه ، سقطت البيّتان ، وكانا كمن لا بيّنة لهما ، وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به ﴾ .

وجملته : أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما ، فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تسكن لهما بيّنة ، حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين ، لا نعلم في هذا خلافاً ، لأن يد كل واحد منهما على نصفها ، والقول قول صاحب اليد مع يمينه . وإن نكلا جميعاً عن اليمين ، فهم بينهما أيضاً ، لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنسكو له . وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعهما ، لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد صاحبه إما بنسكو له وإما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه . وإن كانت لإحدهما بيّنة دون الآخر حكم له بها ، لا نعلم في هذا خلافاً .

وإن أقام كل واحد منهما بيّنة وتساوتا تعارضت البيّتان وقسمت العين بينهما نصفين ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى رضى الله عنه « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بئر ، فأقام كل واحد منهما شاهدين ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبئر بينهما نصفين<sup>(١)</sup> » رواه أبو داود . ولأن كل واحد منهما داخل في نصف الدين خارج عن نصفها ، فتقدم بيّنة

( ١ ) أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٢٧٩ عن أبي موسى الأشعري وأفظه « أن رجلين ادعيا بئيراً على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وقيل هذا الحديث وفي ص ٢٧٨ روى أبو داود عن أبي موسى أيضاً حديثاً نصه « أن رجلين ادعيا بئيراً أو دابة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ليست لواحد منهما بيّنة ، فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما » وهذا الحديث أخرجه النسائي ج ٨ ص ٢٤٨ وابن ماجه ج ٢ ص ٥٤ ويشبه أن يكون هذا البئر أو الدابة كان في أيديهما معا أو في يد غيرهما حتى لا يرجع أحد الجانبين باليد . قاله السندی في تعليقه على ابن ماجه . بقى أن نقول هل هذه الرواية = ( م ٣٢ — المتن — ج ١٠ )

كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل ، وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين .

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها ، وكانت المين له ، كما لو كانت في يد غيرهما ، والأول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية ، هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به ، أو يكون له من غير يمين ؟

فروى أنه يحلف ، وهذا ذكره الخرقى ، لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطها كالخبرين إذا تعارضا وتساويا ، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به ، وهذا أحد قولى الشافعى ، بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته ، وكل واحد منهما داخل في نصفها فيحكم له به . وبينته ، ويحلف معها في أحد القولين .

والرواية الأخرى : أن المين تقسم بينهما من غير يمين ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وهو أصح للخبر والمعنى الذى ذكرناه ، ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين ، لأن كل بينة راجعة في نصف المين على كل واحد من القولين . وقد ذكرنا أن البينة الراجعة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين .

فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن المين لهذا ، وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر نتجت في ماله ، فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين :

إحداهما : لا يرجح به ، وهو اختيار الخرقى ، لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك المين الآن ، فوجب تساويهما في الحكم .

والثانية : تقدم بينة النتائج وما في معناه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب ، والأخرى خفى عليها ذلك ، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد الليد والتصرف ، فتقدم الأولى عليها كتقدم بينة الجرح على التمديد ، وهذا قول القاضى فيما إذا كانت المين في يد غيرهما :

### (فصل)

٨٥٤٠

فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة ، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين ، فظاهر كلام الخرقى

والرواية التى قبلها فى قصة واحدة أو فى قصتين ، إن كان فى قصتين فالأمر واضح ، وإن كان فى قصة واحدة فلنا إن الشهادات لما تعارضت تساقطت فصارا كمن لا بينة له . انظر تمام ذلك فى معالم السنن للخطابى وتهذيب ابن قيم الجوزية ج ٥ ص ٢٣٢ وسان الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٠ (ف) .

التسوية بينهما ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال القاضى : قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخياً ، وهو قول أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى ، لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البيّنة الأخرى فثبتت الملك فيه ، ولهذا له المطالبة بالبناء فى ذلك الزمان ، وتعارضت البيّنات فى ذلك فى الحال فسقطنا ، وبقي ملك السابق تجب استدامته ، وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته . ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح ، لجواز أن يعلم به دون الأول ، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له لقدمت بيّنته اتفاقاً ، فإذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوى .

وقولهم : إنه يثبت الملك فى الزمن الماضى من غير معارضة .

قلنا : إنما يثبت تبعاً لثبوته فى الحال ، ولو انفرد بأن يدعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بيّنته ، فإن وقت إحداها وأطلقت الأخرى فهما سواء ، ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت ، وهو قول أبى يوسف ومحمد .

ولنا : أنه ليس فى إحداها ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره ، فوجب استواءهما ، كما لو أطلقنا أو استوى تاريخهما .

### ( فصل )

٨٥٤١

ولا ترجح إحدى البيّنتين بكثرة العدد ولا اشتهاى المدالة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى ، ويتبع الأعمى أو نقيضهما فى نفسه . وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ، لأنها خير ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالشهود به وإذا كثر العدد أو قويت المدالة كان الظن به أقوى . وقال الأوزاعى : يقسم على عدد الشهود ، فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً ، لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها .

ولنا : أن الشهادة مقدرة بالشرع ، فلا تختلف بالزيادة كالدية ، وتخالف الخبر ، فإنه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد ، فرجح بالزيادة . والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين ، فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن . ألا ترى أنه لو شهد النساء مفردات لا تقبل شهادتهن ، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركين ؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال ، لأن كل واحدة من البيّنتين حجة فى المال ، فإذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه . ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان ، لأن كل واحد منهما حجة بمفرده ، فأشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين .

والثانى : يقدم الشاهدان ، لأنهما حجة متفق عليها ، والشاهد اليمين مختلف فيهما ، ولأن اليمين قوله لنفسه ، والبيئة الكاملة شهادة الأجانبين ، فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح إن شاء الله . وللشافعى قولان كالوجهين .

## (فصل)

٨٥٤٢

وإذا كان فى أيديهما دار ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، ولا بيئة لهما ، فهى بينهما نصفين . نص عليه أحد . وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر ، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، إلا أنه حتى عن ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها ، لأن النصف له لا منازع فيه ، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه .

ولنا : أن يد مدعى النصف على ما يدعيه ، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى . فإن كان لكل واحد منهما بيئة بما يدعيه ، فقد تعارضت بينتاهما ، فالنصف لمدعى الكل ، والنصف الآخر يبنى على الخلاف فى أى البينتين تقدم . وظاهر المذهب تقديم بيئة المدعى ، فتكون الدار كلها لمدعى الكل ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه . فإن كانت الدار فى يد ثلث لا يدعيها ، فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ، وبقرع بينهما فى النصف الآخر ، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بيئة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيئة لهما .

وإن قلنا : تستعمل البينتان أقرع بينهما ، وقدم من تقع له القرعة فى أحد الوجهين .

والثانى : يقسم النصف المختلف فيه بينهما ، فيصير لمدعى الكل ثلاثة أرباعها .

## (فصل)

٨٥٤٣

فإن كانت الدار فى يد ثلاثة ، ادعى أحدهم نصفها ، وادعى الآخر ثلثها ، وادعى الآخر سدسها ، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم ، وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد ، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقى الدار وديعة أو عارية معى ، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بيئة قضى له به ، لأن بيئته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها ، وإن لم تكن لواحد منهما بيئة ، حلف كل واحد منهم وأقر فى يده ثلثها .

## (فصل)

٨٥٤٤

فإن ادعى أحدهم جميعها ، وادعى الآخر نصفها ، والآخر ثلثها ، فإن لم تكن لواحد منهم بيئة قسمت بينهم أثلاثا ، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به ، لأن يد كل واحد منهم على ثلثها . وإن كانت لأحدهم بيئة نظرت ، فإن كانت لمدعى الجميع فهى له ، وإن كانت لمدعى النصف أخذه والباقى بين الآخرين نصفين ، لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ، ويحلف الآخر على الربع



الذى يأخذه جميعه . فإن كانت البيّنة لمضى الثلث أخذه والباقي بين الآخرين ، لمضى الكل السدس بغير عيّن ، ويحلف على السدس الآخر ، ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه .

وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بيّنة .

فإن قلنا : تقدم بيّنة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على الثلث .

وإن قلنا : تقدم بيّنة الخارج ، فينبغي أن تسقط بيّنة صاحب الثلث لأنها داخلة ، ولمضى النصف السدس ، لأن بيّنته خارجة فيه ، ولمضى الكل خمسة أسداس ، لأن له السدس بغير بيّنة لكونه لا منازع له فيه فإن أحداً لا يدعيه ، وله الثلثان لكون بيّنته خارجة عنهما .

وقيل : بل لمضى الثلث السدس ، لأن بيّنة مدعى الكل ومدعى النصف تعارضتا فيه فقساقلنا وبقي لمن هو في يده ، ولا شيء لمضى النصف لعدم ذلك فيه ، وسواء كان لمضى الثلث بيّنة أو لم تكن .

وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بيّنة لهم ، فالنصف لمضى الكل ، لأنه ليس منهم من يدعيه ، ويقرّع بينهم في النصف الباقي ، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه ، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرّع بين الآخرين في السدس ، فن قرع صاحبه حلف وأخذه .

وإن أقام كل واحد منهم بيّنة بما ادعاه ، فالنصف لمضى الكل لما ذكرنا ، والسدس الزائد يقتزعه مدعى الكل ومدعى النصف والثلث يدعيه الثلاثة ، وقد تعارضت البيّنات فيه . فإن قلنا : تسقط البيّنات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه ، فن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بيّنة . وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق .

وعلى الرواية التي تقول إذا تعارضت البيّنات قسمت العين بين اللداعين ، فلمضى الكل النصف ونصف السدس الزائد من الثلث وثلث الثلث ، ولمضى النصف نصف السدس وثلث الثلث ، ولمضى الثلث ثلثه وهو التسع ، فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهماً ، لمضى 'كل النصف ثمانية عشر سهماً ، ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً ، ولصاحب النصف سبعة ، ولمضى الثلث أربعة وهو التسع . وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحامد وأبي حنيفة ، وهو قول للشافعي . وقال أبو ثور : يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين . ويروى هذا عن مالك ، وهو قول للشافعي .

وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهران ، فتصح من أحد عشر سهماً .

وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أوس عن ثلاثة ادعوا كيساناً وهو بأيديهم ولا بيّنة لهم ، وحلف كل

واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه ، فأجاب فيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب في الحِسْبِ التي      طَرَّتْ<sup>(١)</sup> فأقامت منهم كُلَّ قاعد  
فَلِلْمُدْعَى الثَّلَاثِينَ ثُلُثٌ وللَّذِي      اسْتَلَاطَ<sup>(٢)</sup> جميعَ المالِ عندَ التحاشد  
من المالِ نِصْفٌ غَيْرُ مَا سَيَنُوبُهُ      وحصته من نصفِ ذا المالِ زائد  
ولِلْمُدْعَى نصفًا من المالِ رُبْعُهُ      ويؤخذ نصفُ السُّدُسِ من كُلِّ واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول ، فكانت المسألة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر ، وذلك أنه أخذ مخرج السكسور وهي ستة فجعلها للمدعى السكل ، وثلثاها أربعة للمدعى الثلثين ، ونصفها ثلاثة للمدعى النصف صارت ثلاثة عشر .

### ( فصل )

٨٥٤٥

فإن ثانت الدار في أبدى أربعة ، فادعى أحدهم جميعها ، والثاني ثلثيها ، والثالث نصفها ، والرابع ثلثها ، ولا بينة لهم ، حلف كل واحد وله ربعها ، لأنها في يده ، فاقول قول صاحب اليد مع يمينه . وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بيعة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً ، لأننا إن قلنا : تقدم بيعة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه ، وإن قلنا : تقدم بيعة الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عينا في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بيعة بدعواه تعارضتا ، وأقر الشيء في يد من هو في يده . وإن كانت الدار في يد خامس لا بدعيها ولا بيعة لواحد منهم بما ادعاه فالثالث للمدعى السكل ، لأن أحداً لا ينافزه فيه ويقرع بينهم في الباقي ، فإن خرجت القرعة لصاحب السكل ، أو للمدعى الثلثين أخذه ، وإن وقعت للمدعى النصف أخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي ، وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثالث الباقي . وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق ، إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا : للمدعى السكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعى الثلثين في السدس الزائد عن النصف ، ثم يقرع بينهما وبين مدعى النصف في السدس الزائد عن الثلث ، ثم يقرع بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الإفراع في ثلاثة مواضع ، وعلى الرواية الأخرى الثالث للمدعى السكل ، ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعى الثلثين ، ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعى النصف أثلاثاً ، ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً .

وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب السكل ثلثها اثنا عشر ، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة ، وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان ، ورع الثلث الباقي ثلاثة ، فيحصل له عشرون

( ١ ) طرَّتْ : أتت ( ف ) .

( ٢ ) استلطا للمال : ادعاه ( ف ) .

سهماً وهي خمسة أنساع الدار . ولمدعى الثلثين ثمانية أسهم ، تسعان وهي مثل الممدعى الكل بعد الثالث الذي انفرد به ، ولمدعى النصف خمسة أسهم ، تسع وربيع تسع ، ولمدعى الثالث ثلاثة نصف السدس .  
وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب الثلثين أربعة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثالث سهمان . وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثالث ويوقف الباقي حتى يتبين .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٤٦

قال : ﴿ ولو كانت الدابة في يد غيرها . واعترف أنه لا يملكها ، وأنها لأحدهما لا يعرفه عينا فرفع بينهما ، فن قرع صاحبه حلف وسلت إليه ﴾

وجملته : أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرها ولا يئنة لها فأنكرهما ، فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه ، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال : لا أعرف صاحبها ، أو قال : هي لأحدكما لا أعرفه عينا فرفع بينهما ، فن قرع صاحبه حلف أنها له وسلت إليه ، لما روى أبو هريرة : « أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بيئنة فأمرهما النبي صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها »<sup>(١)</sup> رواه أبو داود . ولأنهما تساوبا في الدعوى ولا يئنة لواحد منهما ولا يد ، والفرقة تميز عند التساوى ، كما لو أعتق عبداً لا مال له غيرهم في مرض موته ، وأما إن كانت لأحدهما بيئنة حكم بها بغير خلاف نعلمه . وإن كانت لكل واحد منهما بيئنة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب :

إحداها : تسقط البيئتان وبتترع المدعيان على اليمين ، كما لو لم تكن بيئنة ، وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرق ، لأنه ذكر الفرقة ولم يفرق بين أن تكون معهما بيئنة أو لم تكن . وروى هذا عن ابن عمر وابن الزبير ، وه قال إسحاق وأبو عبيد ، وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي ، وذلك لما روى ابن المسيب<sup>(٢)</sup> : « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر وجاء كل منهما بشهود

(١) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٢٧٨ « عن أبي هريرة أن رجلين اختصما في متاع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بيئنة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : استهما على اليمين ، ما كان ، أحبا ذلك أو كرها » .

وأخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة ج ٢ ص ٥٤ ولفظه « عن أبي هريرة أنه ذكر أن رجلين ادعيا دابة ولم يكن بينهما بيئنة فأمرهما النبي صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين » (ف) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في الجامع عن ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الشهود إذا استووا فرفع بين الخصمين « أنظر منتخب كنز العمال ج ٢ ص ٢٠٧ وقد ذكر اللغني رواية الشافعي وذكرها المشرح الكبير ج ١٢ ص ١٩٦ بلفظ ( في امرأة ) بدلا من ( في أمر ) (ف) .

عدول على عِدَّةٍ واحدة ، فأشهدهم النبي صلى الله عليه وسلم بينهما « رواه الشافعي في مسنده . ولأن البيئتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحدهما على الأخرى فسمطنا كالخبرين .

والرواية الثانية : تستعمل البيئتان ، وفي كيفية استعمالهما روايتان :

إحدهما : تقسم المين بينهما وهو قول الحارث المكي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي ، لما روى أبو موسى « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بئر ، وأقام كل واحد منهما البيعة أنه له ، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم به بينهما نصفين »<sup>(١)</sup> ولأنهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته .

والرواية الثانية : تقدم إحدهما بالفرعة ، وهو قول الشافعي ، وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين ، وهو قول أبي ثور ، لأنه اشتبه الأمر ، فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته . ولنا : الخبران وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين ، بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما .

إذا ثبت هذا فإننا إذا قلنا : إن البيئتين تسقطان أقرع بينهما ، فن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بيعة .

وإن قلنا : يعمل بالبيئتين ويقرع بينهما فن خرجت له الفرعة أخذها من غير بين ، وهذا قول الشافعي ، لأن البيعة تنفي عن اليمين . وقال أبو الخطاب : عليه اليمين مع البيعة ترجيحاً لها . وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم . وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى .

### ( فصل )

٨٥٤٧

فإن أنكرهما من المين في يده وكانت لأحدهما بيعة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بيعة فإن قلنا تستعمل البيئتان أخذت المين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة ، أو تدفع إلى من تخرج له الفرعة على قول من يرى ذلك . وإن قلنا : تسقط البيئتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده ، كما لو لم تكن لها بيعة ، وإن أقر بها بعد ذلك لها أو لأحدهما قبل إقراره وإن أقر بها في الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد ، لأن من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وإن أقر لها جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك .

### ( فصل )

٨٥٤٨

وإن تداعيا عينا في يد غيرهما ، فقال : هي لأحد كما لا أعرفه عينا ، أو قال : لا أعرف صاحبها أهو

(١) سبق السلام عن هذا الحديث وكلام المحدثين فيه قريبا (ف) .

أحدكما أو غيركما ، أو قال : أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عينا ، فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنى صاحبها ، أو أنى الذى أودعتكها ، أو طلبت يمينه ، لزمه أن يحلف له ، لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ، ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم . وإن صدقه فلا يمين عليه ، وإن صدقه أحدهما حلف للآخر . وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرها صار المقر له صاحب اليد . فإن قال غير المقر له : احلف لى أن العين ليست ملكى ، أو أنى لست الذى أودعتكها ، لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها ، وإن اعترف بها لما كان الحكم فيها كما لو كانت فى أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما فى النصف المحكوم به لصاحبه ، وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه فى النصف المحكوم له به .

## ( فصل )

٨٥٤٩

وإذا كان فى يد رجل دار فادعاه نفسان ، قال أحدهما : آجرتكها ، وقال الآخر : هى دارى أعرتكها ، أو قال : هى دارى ورثتها من أبى ، أو قال : هى دارى ولم يذكر شيئا آخر ، فأنكرها صاحب اليد وقال : هى دارى ، فالتول قوله مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بيعة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بيعة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى ، إلا على الرواية التى تقدم فيها البيعة الشاهدة بالسبب ، فإن بيعة من ادعى أنه ورثتها مقدمة لشهادتها بالسبب . وإن أقام أحدهما بيعة أنه غصبها منه ، وأقام الآخر بيعة أنه أقر له بها فهى المنصوب منه ، ولا تعارض بينهما ، لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره ، وإقرار الناصب باطل ، وهذا مذهب الشافعى ، فتدفع إلى المنصوب منه ، ولا يفرم للمقر له شيئا لأنه ما حال بينه وبينها ، وإنما حالت البيعة بينهما . ولو أقر بها لأحدهما ، أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولا ، ولزمه غرامتها للآخر لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول .

## ( فصل )

٨٥٥٠

نقل ابن منصور عن أحمد فى رجل أخذ من رجلين ثوبين ، أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ، فادعى أحدهما ثوبا من هذين الثوبين ، يعنى وادعاه الآخر ، يقرع بينهما ، فأيهما أصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عينا فى بدغيرهما .

## ( فصل )

٨٥٥١

إذا تداعيا عينا ، فقال كل واحد منهما : هذه العين لى اشتريتها من زيد بمائة ونقذته إياها ، ولا بيعة لواحد منهما ، فإن أنكرها زيد حلف وكانت العين له ، وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف الآخر ،

وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها . وإن قال : لا أعلم لمن هى منكما أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها . وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه ، ثم إن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له .

وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بيعة نظرنا ، فإن كانت البيعتان مؤرختين بتاريخين مختلفين ، مثل أن يدعى أحدهما أنه اشتراها فى الحرم ، وادعى الآخر أنه اشتراها فى صفر ، وشهدت بيعة كل واحد منهما للآخر بدعواه ، فهى للأول ، لأنه ثبت أنه باعها للأول ، فزال ملكه عنها ، فيكون بيعه فى صفر باطلا ، لكونه باع ما لا يملكه وبطال برد الثمن . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، أو إحداها مطلقة والأخرى مؤرخة ، تعارضنا لنعذر الجمع ، فينظر فى الدين ، فإن كانت فى يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف فى بيعة الداخل والخارج ، فمن قدم بيعة الداخل جعلها لمن هى فى يده ، ومن قدم بيعة الخارج جعلها للخارج . وإن كانت فى يد البائع وقلنا : تسقط البيعتان ، رجع إلى البائع ، فإن أنكرها حلف لها وكانت له ، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر . وإن أقر لها فهى بينهما ويعلم لكل واحد منهما على نصفها ، كالأول لم تكن لها بيعة .

وإن قلنا : لا تسقط البيعتان ، لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه ، وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى ، لأنه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لا يحكم لها فلا حكم لقوله . فمن قال : يقرع بينهما أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة فهى له مع يمينه ، وهذا قول القاضى لم يذكر شيئا سوى هذا . ومن قال : تقسم بينهما قسمت ، وهذا ذكره أبو الخطاب .

وقد نص عليه أحمد فى رواية السكوسج فى رجل أقام البيعة أنه اشترى سلعة بمائة ، وأقام الآخر بيعة أنه اشتراها بمائتين ، فكل واحد منهما يستحق النصف من السلعة بنصف الثمن ، فيكونان شريكين .

وحمل القاضى هذه الرواية على أن العين فى أيديهما ، أو على أن البائع أقر لها جميعا . وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبى الخطاب .

فلى هذا : إن كان المبيع مما لا يدخل فى ضمان المشتري إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختار الإمساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن ، وإن اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن . وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر ، إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعى فى كل مبيع .

## (فصل)

٨٥٥٢

فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه ، وأقام كل واحد منهما بدعواه بيّنة ، فهذه تشبه التي قبامها في المعنى ، فإن كانت في يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بيّنة الداخل والخارج ، وإن كانت في يديهما قسمت بينهما ، لأن بيّنة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر ، وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرها وادعاهما لنفسه .

فإن قلنا : تسقط البيّتان حلف وكانت له ، وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له .

وإن قلنا : تقدم إحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه .

وإن قلنا : تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها . وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد ، أو كان المشتري مقرأ بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع . وإن كان من المسكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والإمضاء ، فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر ، لأن البائع اثنان بخلاف التي قبلها .

## (فصل)

٨٥٥٣

ولو كان في يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بيّنة ، فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه ، على ما مضى من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو إحدهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ إحدهما فهل ترجح بذلك على وجهين . فأما إن شهدت البيّنة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما ، لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولاً ، وبغرم قيمتها للآخر .

## (فصل)

٨٥٥٤

فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف وأقام بذلك بيّنة واتفق تاريخهما ، مثل أن يقول كل واحد منهما : اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد ، فهما متعارضتان . فإن قلنا : تسقطان رجوع إلى قول المدعى عليه ، فإن أنكرها حلف لها وبرى ، وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن ، لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قال : اشتريتها منك صفة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن ، وله أن يحلفه

على الباقي . وإن قلنا : يقرع بينهما فن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويبرأ . وإن قلنا : تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي ، فإن كان التاريخان مختلفين ، أو كانتا مطلقتين ، أو إحداها مطلقة والأخرى مؤرخة ، ثبت المقدان ولزمه الثمنان ، لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه ، وإذا أمكن صدق البيعتين والجمع بينهما وجب تصديقهما .

فإن قيل : فلم قلنا أنه إذا كان البائع واحداً والمشتري إثنان ، فأقام أحدهما بيعة أنه اشتراها في الحرم ، وأقام الآخر بيعة أنه اشتراها في صفر ، يكون الشراء الثاني باطلاً ؟ قلنا : لأنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه الثاني ثانياً . وفي مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل مملكته ، لأنه لا يجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ، ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له ، فافترقا . فإن قيل : فإذا كانت البيعتان مطلقتين ، أو إحداها مطلقة ، احتمال أن يكون تاريخهما واحداً فيتمارضان . والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك .

قلنا : إنه متى أمكن صدق البيعتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك ، وإنما يبقى الوهم ، والوهم لا تبطل به البيعة ، لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً ، لأنه مامن بيعة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة ، أو غير عادلة ، أو متهمه ، أو معارضة ، ولم يلتفت إلى هذا الوهم ، كذا هاهنا .

### ( فصل )

٨٥٥٥

وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه ، وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه ، فلا تمارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ، ويكون الإرث بينهما ، لأنه يجوز أن تعلم كل بيعة ما لم تعلمه الأخرى .

### ( فصل )

٨٥٥٦

وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه ، وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بيعة لها ، فأنكرها ، حلف لها والعبد له . وإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر ، وإن أقام أحدهما بيعة بما ادعاه ثبت ، وإن أقام كل واحد منهما بيعة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى ، لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع ، لأن بيع الحر لا يصح ، وإن سبق البيع لم يصح العتق ، لأنه أعتق عبداً غيره .

فإن قيل : يحتمل أنه عاد إلى مملكته فأعتقه .

قلنا : قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع .

وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، أو إحداها مطلقة ، تمارضتا ، لأنه لا ترجيح



لإحداها على الأخرى . فإن كان في يد المشتري ابني ذلك على الخلاف في تقديم بيعة الداخل والخارج ، فإن قدمنا بيعة الداخل فهو للمشتري ، وإن قدمنا بيعة الخارج قدم العتق ، لأنه خارج وإن كان في يد البائع ، وقلنا : إن البيعتين تسقطان بالتعارض صاراً كن لا بيعة لهما ، ويرجع إلى السيد ، فإن أنكرهما حلف لهما ، وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء ، فلا فائدة في إحلافه ، ويحلف البائع للمشتري . وإن أقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في إحلافه .

وإن قلنا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجع باعترافه ، لأن ملكه قد زال .

فإن قلنا : ترجح إحدى البيعتين بالقرعة أفرعنا بينهما ، فن خرجت قرعته قدمناه . قال أبو بكر : هذا قياس قول أبي عبد الله . فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين .

وإن قلنا : يقسم ، قسمنا العبد ، فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً وبسرى العتق إلى جميعه إن كان البائع موسراً ، لأن البيعة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً ، وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما .

### ( فصل )

٨٥٥٧

إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها ، لأنها أقرت على نفسها وهي غير متممة ، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه . وإن ادعاهما اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل منها ، لأن الآخر يدعى ملك نصفها وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها ، فصار إقرارها بحق غيرها ، ولأنها متممة ، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يسكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى لآخر .

فإن قيل : فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لأحدهما قبل .

قلنا : لا يثبت الملك بإقراره في المين ، وإنما يملكه كصاحب اليد فيحلف ، والنكاح لا يستحق بالمين ، فلم ينفع الإقرار به هاهنا ، فإن كان لأحد المتداعيين بيعة حكم له بها ، لأن البيعة حجة في النكاح وغيره ، وإن أقاما بينتین تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ، ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته وبده ، لأن اليد لا تثبت على حرة ، ولا سبيل إلى القسمة هاهنا ولا إلى القرعة ، لأنه لا بد مع القرعة من المين ، ولا مدخل لها في النكاح .

### ( فصل )

٨٥٥٨

إذا قال السيد لعبده : إن قتلت فأنت حر ، ثم مات ، فادعى العبد أنه قُتل ، وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، لأن الأصل عدم القتل ، فإن أقام بيته بدعواه عتق ، وإن أقام الورثة بيته بموته قدمت بيعة العبد في أحد الوجهين ، لأنها تشهد بزيادة وهي القتل .

والثانى : تعارضان ، لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى ، فيبقى على الرق .  
 وإن قال : إن مت في رمضان فعبدى سالم حر ، وإن مت في شوال فعبدى غانم حر ، ثم مات فادعى  
 كل واحد منهما موته في الشهر الذى يعتق بموته فيه ، وأنكرهما الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، وإن  
 أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم . وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقيه ثلاثة أوجه :  
 أحدها : تقدم بينة سالم ، لأن معها زيادة علم ، فإنها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى ،  
 وهو موته في رمضان .

والثانى : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، لأنهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما .  
 والثالث : يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال : إن برئت من مرضى هذا فسالم حر ، وإن  
 مت منه فغانم حر ، فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ،  
 لأنه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ ، فيعتق أحدهما على كل حال ، ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة ، كما  
 لو أعتق أحدهما فأشكل علينا . ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء ، وإن أقام كل واحد  
 منهما بينة بموجب عتقه ، فقال أصحابنا : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن  
 كل واحدة منهما تكذب الأخرى وثبتت زيادة تنفيها الأخرى ، ولا يصح هذا القول ، لأن التعارض أثره  
 في إسقاط البينتين ، ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما ، فكذلك إذا سقطتا . وذلك لأنه لا يخلو من إحدى  
 الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده ، كما أوقال : إن كان هذا الطائر غرابا  
 فسالم حر ، وإن لم يكن غرابا فغانم حر ، ولم يعلم حاله ، ولكن يحتمل وجهين :  
 أحدهما : أن يقرع بينهما كما في مسألة الطائر ، لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة  
 في رواية .

والثانى : تقدم بينة سالم ، لأنها شهدت بزيادة وهى البرء . وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم  
 يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده إذا لم  
 تسكن للآخر بينة .

### ( فصل )

٨٥٥٩

وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته ، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه في مرض موته ،  
 وكل واحد منهما ثلث ماله ، فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة ، فلا تعارض بينهما ، لأن ما شهدت به كل  
 بينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ، ولا تنكذب إحداهما الأخرى ، فيثبت إعتاقه لهما . ثم ينظر ، فإن كانت  
 البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثانى ، إلا أن يميز الورثة ، لأن المريض إذا

تبرع بتبرعات بجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول ، وإن اتفق تاريخهما أو أطلقنا أو إحداهما فهما سواء لأنه لازمة لإحداهما على الأخرى فيستويان ويقرعه بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، إلا أن يميز الورثة ، لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معاً فيقرعه بينهما ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في العبيد<sup>(١)</sup> الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يمس له مال غيرهم ، أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسألة الطائر . وقيل : يعتق من كل واحد نصفه ، وهو قول للشافعي ، لأنه أقرب إلى التعديل بينهما ، فإن في القرعة قد يرق السابق للمستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق ، وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ، ولا المستحق للرق من رق ، وذلك قسمنا الخلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت به بينتان والأول المذهب ، لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما . والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما .

وقولهم : إن في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر .

قلنا : وفي القسمة إرقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق يقيناً وهو أعظم ضرراً .

وإن كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذي خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر . وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث .

وإن كان لأحدهما بيعة ولا بيعة للآخر ، أو بينته فاسقة ، عتق صاحب البيعة العادية ورق الآخر .

وإن كان لكل واحد منهما بيعة عادلة إلا أن إحداهما تشهد أنه أعتق سالماً في مرضه ، والأخرى تشهد بأنه وصى بعتق غانم ، وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة ، لأن التبرع يقدم على الوصية . وإن كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث وإن شهدت إحداهما أنه وصى بعتق سالم ،

(١) في صحيح مسلم كتاب الإيمان باب من أعتق شركاً له في عبد ج ٣ ص ١٢٨٨ عن عمران بن حصين : « أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً » .

جزأهم : قسمهم .

أقرع بينهم : هبأهم للقرعة على العتق .

أرق أربعة : أبقى حكم الرق عليهم .

قال له قولا شديداً : قال في شأنه قولا شديداً كراهية لفعله وتغليظاً عليه ، وقد جاء في رواية لأحمد لو علمنا ما صلينا عليه — وسر ذلك أن الله لم يأذن للمريض بأن يتصرف إلا في الثلث فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكم الله ومشاهياً لمن وهب غير ماله (ف) .

وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم، فهما سواء ويقرعه بينهما، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف ، لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر . وقال أبو بكر وابن أبي موسى : يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ، ولا كذلك هاهنا ، فيجب ، أن تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثنتين بمال . والأول قياس المذهب ، لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت ، وقد ثبت في الإعتاق في مرض الموت أنه يقرعه بينهما لحديث همران بن حصين فكذاك بعد الموت ، ولأن المعنى المفتى لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد المات فيثبت ، فأما إن صرح فقال إذا مات فنصف كل واحد من سالم وغانم حر ، أو كان في لفظه ما يقتضيه ، أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه .

## (فصل)

٨٥٦٠

فإن خاف المريض ابنين لا وارث له سواهما ، فشهدا أنه أعتق سالمًا في مرض موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانمًا في مرض موته ، وكل واحد ثلث ماله ، ولم يطمئن الإثنان في شهادتهما ، وكانت البيعتان عادلتين ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين سواء ، لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين . فإن طعن الإثنان في شهادة الأجنبيين وقالوا : ما أعتق غانمًا في مرض موته ، وكل واحد ثلث ماله ، إنما أعتق سالمًا لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية . لأنها بيينة عادة مشبهة والأخرى نافية . وقول المثبت يقدم على قول النافي ، ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطمئن الورثة في شهادتهما في أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ، وبرق إذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره . وأما الذي شهد به الإثنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستعفاقه للعربة ، وهذا قول القاضي .

وقيل : يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي ، لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة ، وكذلك هب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم ، والأول أصح ، لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت ، وحال الموت في قول الإبنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت ، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده ، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته .

فإن كن الإثنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ، ثبت العتق لسالم ولم يزاحم من شهد له الإثنان لنفسهما ، لأن شهادة الفاسق كعدمها ، فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت بيينة عادلة . وقد أقر الإثنان بعتق غانم فينظر ، فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرعه بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه ، أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء ، لأن الإبنين لو كانا عديلين لم يعتق منه شيء ، فإذا كانا فاسقين أولى

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يمتق نصفه في الأحوال كلها ، لأنه استحق العتق بإقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبيئة العادلة ، فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيمتق منه نصفه ، وهذا لا يصح ، فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة ، لأنه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البيعة لا يمتق منه شيء . ولو كانت بيعة عادلة فحسب فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الأجنبية فقالت : ما أعتق غانماً إنما أعتق سالماً ، عتق العبدان . وقيل : يمتق من سالم ثلثاه ، والأول أولى .

## ( فصل )

٨٥٦١

فإن شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعتق سالم ، وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم ، وقيمتها سواء ، أو كانت قيمة غانم أكثر ، قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم ، لأنهما لا يجبران إلى أنفسهما نفعاً وبدفعان عنها ضرراً .

فإن قيل : فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم .

قلنا : وهما يسقطان ولاء سالم ، وعلى أن الولاء إثبات سبب للميراث . وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولها ولاؤه . ولو شهدا بثبوت نسب أخ لها قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الإرث لها . وتقبل شهادة المرأة لأخيها بالمال وإن جاز أن يرثه ، فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم ، فيمتق سالم بالبيعة العادلة ، وبعق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده .

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي : أنه إنما يمتق ثلثاه ، لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنبيين صار كالمفصوب ، فصار غانم نصف التركة فيمتق ثلثاه وهو ثلث التركة .

ولنا : أن الورثة<sup>(١)</sup> تقرر بأنه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت ، فصار كالمفصوب بعد الموت . ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله ، فكذلك الشهادة بعتقه . وقد ذكر القاضي : فيما إذا شهدت بيعة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ، وورثة<sup>(٢)</sup> فاسقة بإعتاق غانم في مرضه ، وأنه لم يمتق سالماً ، أن غانماً يمتق كله ، وهذا مثله .

فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم ، فالورثة<sup>(٣)</sup> متهمة لكونها رد إلى الرق من كثرت قيمته ، فتد شهادتهما في الرجوع كما رد شهادتهما بالرجوع عن الوصية ، وبعق سالم وغانم كله أو ثلثاه ، وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة . وإن لم تشهد الورثة بالرجوع عن عتق سالم لكن

(١) ، (٢) ، (٣) في المتن طبعة رشيد ج ١٢ ص ١٩٩ وطبعة الفقي ج ٩ ص ٢٩٩ والنسخ الكبير ج ١٢ ص ٢١٦ (الوارثة) والأنسب (الورثة) (ف) .

شهدت بالوصية بعثى غانم ، وهى بينة عادلة ، ثبتت الوصيتان ، سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة ، فيعتق<sup>(١)</sup> إن خرجا من الثلث ، وإن لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهما ، فيعتق من خرجت له القرعة ، ويمتنع تمام الثلث من الآخر ، سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا ، لأن للتقدم والمتأخر من الوصايا سواء .

## (فصل)

٨٥٦٢

ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله ، وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله ، وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله ، صحّت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر ، سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تسكن ، لأنه لا تهمّة في حقهم . وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئا ، لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهى إحدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو . وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها ، فقال القاضى : لا تصح الشهادة ، وهذا مذهب الشافعى لأنهما لم يعينا للمشهود عليه ، وبصير كما لو قال : نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفا . وأن لأحد هذين على هذا ألفا ، ويكون الثلث بين الجميع أثلاثا .

وقال أبو بكر : قياس قول أبى عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرّع بينهما ، فن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطات وصيته . وهذا قول ابن أبى موسى . وإذا صح الرجوع عن إحداها بغير تعين ، صحّت الشهادة به كذلك . ووجه ذلك أن الوصية تصح بالجهول ، وتصح الشهادة فيها بالجهول ، فجازت في الرجوع من غير تعين المرجوع عن وصيته .

## (فصل)

٨٥٦٣

وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله ، وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله ، انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يمارض الشاهدين أولا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يمارضهما ، فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما ، لأن للشاهد واليمين حجة في المال فأشبهه الشاهدين .

والثانى : لا يمارضهما لأن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين ، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث ،

(١) فى اللغى لرشيد رضا ج ١٢ ص ١٩٩ ولامقى ج ٩ ص ٣٠٠ ( فيعتقا ) والصواب ( فيعتقان ) وقد سقطت هذه الكلمة من الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢١٧ ( ف ) .

وتنف وصية عمرو على إجازة الورثة ، فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه ، فلا تعارض بينهما ، ويخلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو ، والفرق بين المسألتين أن في الأولى تقابلت البيّنتان فقدمنا أقواهما . وفي الثانية لم يتقابلا ، وإنما ثبت الرجوع ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ، لأن المقصود به المال ، وهذا مذهب الشافعي ، والله أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٦٤

قال : ﴿ ولو كان في يده دار فادعاه رجل ، فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر له بها حاضراً جعل الخصم فيها ، وإن كان غائباً وكانت للمدعي بينة حكم بها للمدعي ببيئته ، وكان الغائب على خصومته متى حضر ﴾ .  
وجملته : أن الإنسان إذا ادعى داراً في يد غيره ، فقال الذي هو في يده : ليست لي إنما هي لفلان . وكان المقر له بها حاضراً ، سئل عن ذلك ، فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد ، لأن من هو في يده اعترف أن يده نائبة عن يده ، وإقرار الإنسان بما في يده إقرار صحيح ، فيصير خصماً للمدعي . فإن كانت للمدعي بينة حكم له بها ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعي عليه مع يمينه . وإن قال المدعي : احلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده أنه لا يعلم أنها لي فليدعي اليمين . لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم ، كما لو قال : هذه العين لزيد ، ثم قال : هي لعمرو ، فإنها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو . ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، فإن رد المقر له الإقرار وقال : ليست لي وإنما هي للمدعي حكم له بها . وإن لم يقل : هي للمدعي ولم يكن قال : ليست لي ، فإن كانت المدعي بينة حكم له بها ؛ وإن لم تكن له بينة ففيه وجهان :

أحدهما : تدفع إلى المدعي ، لأنه يدعيها ولا منازع له فيها ؛ ولأن من هو في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعي ، فمع عدم ادعائه لها أولى .

والثاني : لا تدفع إليه ، لأنه لم يثبت لها مستحق ، لأن المدعي لا يد له ولا بينة ، وصاحب اليد معترف أنها ليست له ، فبأخذها الإمام فيحفظها لصاحبها . وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي ، والأول أولى لما ذكرنا من دليله . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ووجه ثالث أن المدعي يخلف أنها له وتسلم إليه ، ويخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعي عليه ، وإن قال المقر له : هي لثالث ، انتقلت الخصومة إليه وصار بمنزلة صاحب اليد ، لأنه أقر له بها من اليد له حكماً . وأما إن أقر بها المدعي عليه للجهول ، قيل له : ليس هذا بجواب . فإن أقرت بها المعروف وإلا جملناك ناكلاً وقضينا عليك ، فإن أصر قضى عليه بالنكول ، وإن أقر بها لغائب أو أقر مكاتب مدين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه . فإن لم تكن

للمدعى بيينة لم يقض له بها ، لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ، ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفاً فتكون الخصومة معه .

فإن قال المدعى : أحلفوا لى المدعى عليه أحلفناه لما تقدم ، وإن أقر بها للمدعى لم تسلم إليه ؛ لأنه اعترف أنها لغيره ، ويلزمه أن يغرم له قيمتها ، لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره . وإن كان مع المدعى بيينة سمعها الحاكم وقضى بها ، وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدم في بيينة المدعى ، وأن يقيم بيينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى . وإن أقام بيينة أنها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بيينة الداخل والخارج .

فإن قلنا : تقدم بيينة الخارج فأقام الغائب بيينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بيئته ويقضى بها ؟ على وجهين . وإن كان مع المقر بيينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها ، لأن البيينة للغائب ، والمأب لم يدعها هو ولا وكيله ، وإنما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة ، وهو زوال التهمة عن الحاضر ، وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لى .

ويخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بيينة الداخل ، وإن للودع الخصمة في الوديمة إذا غصبت ، ولأنها بيينة مسموعة فيقضى بها كبيينة المدعى إذا لم تعارضها بيينة أخرى . فإن ادعى من هي في يده أنها معه بإجارة أو عارية ، وأقام بيينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين :

أحدهما : أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك للوَجَر بهذه البيينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها . والثاني : أن بيينة الخارج مقدمة على بيينة الداخل ، ويخرج القضاء بها على تقديم بيينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق ، فإنه يقضى بها وجهاً واحداً . ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاه لنفسه لم تسمع دعواه ، لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره . والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب على ما ذكرنا .

### (فصل)

٨٥٦٥

وإذا طلب المدعى أن يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته ، فيكتب له محضراً : حضر القاضي فلان ابن فلان الفلاني ، قاضي عبد الله الإمام فلان بن فلان الفلاني ، أو خليفة القاضي فلان بن فلان إن كان نائباً ، فلان بن فلان الفلاني ، وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني ، قاضي داراً في يديه ، ويعينها ويذكر حدودها وصفها ، فاعترف بها للمدعى عليه فلان بن فلان الفلاني ، وهو حينئذ غائب عن بلد القاضي ، فأقام المدعى بيينة وهي فلان بن فلان الفلاني ، وفلان بن فلان الفلاني ، فشهدا عنده للمدعى بما ادعاه ، وعرف الحاكم



عدّلتها بما يسوغ معه قبول شهادتهما، أو شهد عنده بعد التهما فلان وفلان فقبل شهادتهما ، ففضى بها حل العائب ، جعل كل ذى حجة على حجته .

فإن كان العائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد : وقدم العائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعى عن دعواه .

وإن أقام عند حضوره بيّنة زاد : وأقام بيّنة وكانت بيّنة المدعى مقدمة على بيّنته ، لأنها بيّنة خارج .

### (فصل)

٨٥٦٦

وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلقه وأخاه غائباً ، ولا وارث له سواهما ، وترك داراً في يد هذا الرجل ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام المدعى بيّنة بما ادعاه ، ثبتت الدار للبيت ، وانتزعت الدار من يد المنكر ، ودفع نصفها إلى المدعى ، وجعل النصف الآخر في يد أمين للعائب يكره له . وكذلك إن كان المدعى مما ينقل ويحول ، وهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما يحتفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب العائب من يد المدعى عليه ، لأن العائب لم يدعه هو ولا كيّله فلم ينزع من يد من هو في يده ، كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بيّنة وبين أجنبي ، فإنه يـلم إلى المدعى نصيبه ولا ينزع نصيب العائب ، كذا هاهنا .

ولنا : أنها تركه ميت ثبتت بيّنته ، فوجب أن ينزع نصيب العائب كالمقول ، وكأ لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ، ولأن فيما قاله ضرراً ، لأنه قد يتعذر على العائب إقامة البيّنة وقد يموت الشاهدان أو يغيبان<sup>(١)</sup> أو تزول عنهما عدّلتهما ، ويعزل الحاكم فيضيع حقه ، فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمقول . ويفارق الشريك الأجنبي إجمالاً وتفصيلاً .

أما الإجمال : فإن المنقول ينتزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبي وأما التفصيل : فإن البيّنة ثبت بها الحق للبيت ، بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ، ولأن الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي . فأما إن كان ديناً في ذمة إنسان ، فهل يقبض الحاكم نصيب العائب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يقبضه كما يقبض العين .

والثاني : لا يقبضه ، لأنه إذا كان في ذمة من هو عليه ، كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الأمين ، لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه . والأول أولى ، لأنه في الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفسق والموت وعزل الحاكم وتمذر البيّنة .

إذا ثبت هذا : فإننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين ، لأننا دفعناه بقول

(١) في المتن طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٠٥ وللنفق ج ٩ ص ٣٠٤ (بغيا) والصواب (بغيان) (ف) .

الشهود ، والمطالبة بالضمين طعن عليهم . قال أصحابنا : سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا . ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي واث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة ، لأن من ايس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به ، وهذا قول الشافى . فلى هذا تكون الدار موقوفة ، ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التى كان يطوفها ، ويأمر مناديا ينادى إن فلانا مات ، فإن كان له وارث فليأت ، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه . وهل يطلب منه ضميناً ؟ يحتمل وجهين .

وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ، ولكن لم يقولوا ولا نعلم له وارثاً سواء . فإن كان مع الإذن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملاً ، وعلى هذا التخريج يعطى اليقين ، فإن كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة ، وإن كانت له جعدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً ، وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات ، ولا تعطى المصبة شيئاً . فإن كان الوارث أخاً لم يعط شيئاً ، لجواز أن يكون لليت وارث يحجبه . وإن كان ممة أم أعطيت السدس عائلاً ، والمرأة ربع الثمن عائلاً ، والزوج الربع عائلاً ، لأنه اليقين ، فإن المسألة قد تعول مع وجود الزوج ، مثل أن يخلف أبوين وابنين وزوجاً ، فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه ، وكل لذوى الفروض فروضهم .

### ( فصل )

٨٥٦٧

وإذا اختلف في دار في يد أحدهما ، فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر ، فهل نسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين :

أحدهما : نسمع ويحكم بها ، لأنها تثبت الملك في الماضي ، وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله . والثانى : لا نسمع . قال القاضى : هو الصحيح ، لأن الدعوى لا نسمع ما لم يدع المدعى الملك في الحال ، فلا نسمع بينة على ما لم يدعه ، لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثانى وتعريف تعديها فقالا : نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه ، أو سرقها ، أو ضلت منه فالتقطها هذا ، ونحو ذلك ، سمعت وقضى بها ، لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك . ولا تنافى بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد ، لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد . فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلاً ، فوجب القضاء باستدامة الملك السابق . وإن أقر المدعى عليه أنها كانت ملكاً للمدعى أمس أو فيما مضى ، سمع إقراره ، وحكم به فى الصحيح ، لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه ، فيصير هو المدعى فيحتاج إلى البينة ، ويفارق البينة من وجهين :

أحدها : أنه أقوى من البيّنة لسكونه شهادة من الإنسان على نفسه ، ويؤول به النزاع ، بخلاف البيّنة ، ولهذا يسمع في الجھول ، ويقضى به بخلاف البيّنة .  
والثاني : أن البيّنة لا تسمع إلا على ما ادعاء ، والدعوى يجب أن تكون معلّنة بالحال ، والإقرار يسمع ابتداء . وإن شهدت البيّنة أنها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك ، فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا .

## ( فصل )

٨٥٦٨

وإن ادعى أمة أنها له ، وأقام بيّنة فشهدت أنها ابنة أمتة ؛ أو ادعى نمرة فشهدت له البيّنة أنها نمرة شجرته ، لم يحكم له بها ، لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها ، وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وإن قالت البيّنة : ولدتها في ملكه ، أو أثمرتها في ملكه ، حكم له بها ، لأنها شهدت أنها نماء ملكه ، ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه .

فإن قيل : فقد قلّم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح ، وهذه شهادة بملك سابق . قلنا : الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك في الأصل ، فإثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع ، وجرى مجرى ما لو قال : ملكته منذ سنة وأقام البيّنة بذلك ، فإن ملكه ثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ، ويكون له النماء فيما مضى ، ولأن البيّنة هاهنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها ، أو وجودها في ملكه ، فقويت بذلك . ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت : أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك ، وإن لم يذكره فع ذكره أولى .

وإن شهدت له البيّنة أن هذا النزل من قطنه ، وهذا الدقيق من حنطته ، وأن هذا الطائر من بيضته ، حكم له به وإن لم يصفه إلى ملكه ، لأن الغزل عين القطن ، وإنما تغيرت صفته ، والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت ، والطير هو أجزاء البيضة استحالة ، وكأن البيّنة قالت : هذا غزله ودقيقه وطيره ، وليس كذلك الولد والثمرة ، فإنهما غير الأم والشجرة . ولو شهد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول : باضها في ملكه ، لأن البيضة غير الطير ، وإنما هي من نمائه ، فهي كالولد . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا .

## ( فصل )

٨٥٦٩

وإذا كانت في يد زيد دار فادعاه عمرو ، وأقام بيّنة أنه اشتراها من خالد بثمان مسمى نقده إياه ، أو أن خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بيّنته بهذا حتى يشهد أن خالداً باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها ، أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد ، أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها إليه . وإنما لم تسمع البيّنة بمجرد الشراء

والهبة ، لأن الإنسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به ، فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك ، أو شهدوا للمشتري بالملك ، أو شهدوا بالتسليم ، فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك للدعى أو لمن باعه ، فالظاهر أنه ملكه ، لأن اليد تدل على الملك ، وهذا مذهب الشافعى ، وإنما قبلناها وهى شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب ، والظاهر استمراره ، بخلاف ما إذا لم يذكر السبب .

## ( فصل )

٨٥٧٠

وإذا كان فى يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه ، فادعى أنه مملوك قبلت دعواه ، ولم يحل بينه وبينه ، لأن اليد دليل الملك ، والصبي ما لم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع ، إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك ، مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه ، لأن الالتيط محكوم بحريته ، وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض ، فيحكم برقه . فإذا باغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه ، لأنه محكوم برقه قبل دعواه . وإن لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره ، فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه ، لأن اليد دليل الملك . فإن ادعى أجنبى نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد ، لأن النسب مقدم على الولاء فى الميراث . فإن أقام البيينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه ، لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك بأن يتزوج بأمة أو بسبي الصغير ثم يسلّم أبوه ، إلا أن يكون الأب عربياً فلا يسترق ولده فى رواية ، وهو قول الشافعى القديم . وإن أقام بيينة أنه ابن حرة فهو حر ، لأن ولد الحرة لا يكون إلا حراً .

وإن كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه ، فادعى من هو فى يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه ، إلا أننا إن رأيناه فى يده وهما يتنازعا فقيه وجهان :

أحدهما : لا يثبت ملكه عليه ، لأنه معرب عن نفسه ويدعى الحرية ، أشبهه البالغ .

والثانى : يثبت ملكه عليه ، لأنه صغير ادعى رقه وهو فى يده فأشبهه الطفل .

فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا بيينة ، وإن لم تكن بيينة فالقول قوله مع يمينه فى الحرية لأنها الأصل . وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب رأى ، إلا أن أصحاب رأى قالوا : متى أقام إنسان بيينة أنه ولده ثبت النسب والحرية ، لأن ظهور الحرية فى ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد ، لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بأمة ، فلا ينفى احتمال الرق . وهذا القول هو الصواب إن شاء الله .

## ( فصل )

٨٥٧١

وإن ادعى اثنان رق بالغ فى أيديهما فأنكرهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن اعترف لهما بالرق ثبت

رقه . فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون بينهما نصفين ، لأن يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب .

ولنا : أنه إنما حكم برقه باعترافه ، فكان مملوكا لمن اعترف له ، كما لو لم تكن يده عليه . ويخالف الثوب والطفل ، فإن الملاك حصل فيهما باليد ، وقد تساويا فيه ، وهما هنا حصل بالاعتراف وقد اختلف به أحدهما فكان مختصاً به ، فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا وبقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه .

فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وإن اعترف أحدهما فهو لمن اعترف له ، وإن أقر لهما معاً فهو بينهما ، لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين .

فإن قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره ، وإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه ، لأن رقه ثابت بالبينّة فلم يبق له يد على نفسه ، كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه ، واعترف أنها ليست له ، ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجع بإقراره .

## (فصل)

٨٥٧٢

ولو كان في يده صغيرة فادعى نسكاحها ، لم يقبل منه ، ولا يخل بينها وبينه . ولو ادعى رقبها قبل منه إذا كانت طفلة لا تدبر عن نفسها ، لأن اليد دليل المالك . وأما اللدعي للنسكاح فهو مقر بحريتها أو بأنها غير مملوكة له ، واليد لا تثبت على الحر ، فإذا كبرت فاعترفت له بالنسكاح قبل إقرارها .

## (فصل)

٨٥٧٣

ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة ، وادعى آخر أنه باعها منه ، أو وهبها إياه ، أو وقفها عليه ، أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أعتقها ، وأقام بذلك بينة ، قضى له بها بغير خلاف نعلمه ، لأن بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الأخرى ، والبينة الأخرى شهدت بالأصل ، فيمكن أنه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى .

ولو مات رجل وترك داراً فادعى ابنه أنه خلفها ميراثاً ، وادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، وأقاما بذلك بينتين ، حكم بها للمرأة ، ولأنها تدعى أمراً زائداً خفي على بينة الإبن ، وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه ، بأنه باع ملكه ، أو ما في يده ، أو ما تشهد بذلك ، وسواء شهدت بالبيع والقبض ، أو لم تذكر القبض ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يثبت المالك للمشتري ولا تنزل يد البائع إلا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما في يده ، لأن البيع اللطاق ليس بحجة ، لأنه قد يبيع ما لا يملك .

ولنا : أن بيعة البائع أثبتت الملك له ، فإذا أقامت بيعة الشراء عليه كانت حجة عليه في إزالة ملكه عنها إلى المشتري ، فوجب القضاء له بها .  
ولو ادعى إنسان داراً في يد رجل أنها لى مفذ سنة وأقام بهذا بيعة ، فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها مفذ سنتين وأقام بهذا بيعة ثبت لمدعى الشراء ، وليس في شهادة البيعة الأولى أنه تملكها مفذ سنة ما يبطل أنها له مفذ سنتين ، لأنه لا تنافي بين مملكها مفذ سنتين ومملكها مفذ سنة ، فإن المالك مفذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية . فإن قالت بيعة الشراء : هو مملكها ، ثبت الملك بغير خلاف ، وإن لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

## ( فصل )

٨٥٧٤

ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر ، وادعى صاحب اليد أنها في يده مفذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بيعة بدعواه ، فهي لمدعى الملك بلا خلاف فعليه ، لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البيعتين ، لأنها قد تسكون ملكاً له وهي في يد الآخر .  
وإن ادعى دابة أنها له مفذ عشر سنين ، وأقام بهذا بيعة ، فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين ، فالبيعة كاذبة ، والدابة لمن هي في يده .

## ( فصل )

٨٥٧٥

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف ، وشهد أحدهما أنه قضاء ، ثبت الإقرار ، فإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت ، وإلا حلف المقر له أنه لم يقضه ويثبت له الألف . وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاء ألفاً ، ثبت عليه الألف ، لأن شاهد القضاء لم يشهد بألف عليه ، وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه ، والشهادة لا تقبل إلا صريحة بخلاف المسألة الأولى ، فإن البيعة أثبتت الألف بشهادتها الصريحة بها .

ولو ادعى أنه أقرضه ألفاً فقال : لا يستحق على شيئاً ، فأقام بيعة بالقرض ، وأقام المدعى عليه بيعة أنه قضاء ألفاً ولم يعرف التاريخ ، برى بالقضاء ، لأنه لم يثبت عليه إلا ألف واحد ، ولا يكون القضاء إلا ما عليه ، فلماذا جمل القضاء للألف الثابتة . وإن قال : ما أقرضتني ، ثم أقام بيعة بالقضاء ، لم تقبل بيعته في أنه قضاء للقرض ، لأنه يأنكاره القرض تعين صرفها إلى قضاء غيره ، ولو لم ينكر القرض إلا أن بيعة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يحز صرفها إلى قضاء القرض ، لأنه لا يقضى القرض قبل وجوده .

٨٥٧٦

﴿مسألة﴾

قال: ﴿ولو مات رجل وخلف ولدين: مسلماً وكافراً، فادعى المسلم أن أباه مات مسلماً، وادعى الكافر أن أباه مات كافراً، فالقول قول الكافر مع يمينه، لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافراً مدعياً للإسلام وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تسكن يمينه بأخوته، كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما﴾

وجملته: أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه، وخلف تركته وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم، والآخر كافر، فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه، فاليراث للكافر، لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدداً. وهذا خلاف الظاهر، فإن المرتد لا يقر على رده في دار الإسلام، أو يقول: إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدّع زواله وانتقاله، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله. وهذا معنى قول الخرق: إن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدّعياً للإسلام.

وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنها في الدعوى سواء، فاليراث بينهما نصفين، كما لو تنازع اثنان عينا في أيديهما. ويعتمد أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة، لأن للدار دار الإسلام يحكم بإسلام أقيعها، ويثبت الميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقت الموقوف على أكفان موتى المسلمين ولأن هذا حكمه حكم الوقي المسلمين في تفسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه، ولأن الإسلام<sup>(١)</sup> يملو ولا يعل عليه. ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدداً لم تثبت عند الحاكم رده، ولم ينته إلى الإمام خبره، وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه.

وقال القاضي: قياس المذهب أنا ننظر، فإن كانت التركة في أيديهما قسمت بينهما نصفين، وإن لم تكن في أيديهما أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حاف واستحق، كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا. ويتقضى كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه، وهذا لا يصلح، لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة

(١) ورد هذا في حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه الدارقطني والبيهقي والضياء القدسي عن عائدين عمرو للزني وعلقه البخاري، ورواه الطبراني في الصغير من حديث عمر. أنظر فيض القدير ج ٣ ص ١٧٩ وتلخيص الحبير ج ٤ ص ١٣٦ (ف).

تركة هذا الميت ، وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا ، وهذا قول الشافعي .

ولنا : ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره ، وعند ذلك يتمين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه ، وأما ظهور حكم الإسلام في الصلاة عليه ، فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد ، وكذلك تفسيله ودفنه ، وأما قوله : إن الإسلام يملو ولا يعلو ، فإما يملو إذا ثبت ، والنزاع في ثبوته ، وهذا فيما إذا لم يثبت ، فأما إن ثبت أصل دينه فائقول قول من بنفاه عليه مع يمينه ، وهذا قول الشافعي وأبي نوري وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : اقول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها .

ولنا : أن الأصل بقاء ما كان عليه ، وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع . فأما إن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهمما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما ودعائيهما ، فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعاهما كل واحد منهما ولا بينة لهما . ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٥٧٧

قال ﴿ وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلماً ، وأقام الكافر بينة أنه مات كافراً ، أسقطت البينتان وكان كن لا بينة لهما . وإن قال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، وقال شاهدان : نعرفه كان مسلماً ، فالميراث للمسلم ، لأن الإسلام بطراً على الكفر إذا لم يؤرخ شهود مرقمهم ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا خاف الميت ولدين مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أنه مات مسلماً وأقام بذلك بينة ، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة ، فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه القلفظ بما شهدت إليه فهما متعارضتان ، وإن شهدت إحداها أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعى انتقاله عن دينه ، لأن البقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي نعرفه ، لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه ، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها ، كما لو شهدا بأن هذا العبد كان مالكا فإعلان إلى أن مات ، وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع .

فأما إن قال شاهدان : نعرفه قبل موته قد كان مسلماً ، وقال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، نظرنا في تاريخهما ، فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخره منهما ، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الآخرة ، وإن كانتا مخالفتين أو إحداهما مخالفة قدمت بينة المسلم ، لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار



الإسلام ، وقد يسلم الكافر فيقر . وإن كانا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما ، فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان ، وإن تم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعاضتان . وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه . وكل موضع تعارضت البيئتان فقال الخرقى : تسقط البيئتان ويكوفان كن لايئة هما . وقد ذكرنا روايتين آخرتين :

أحدهما : يقرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف وأخذ

والثانية : تقسم بينهما ، ونحو هذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تقدم بيئة الإسلام على كل حال . وقد مضى الكلام معه . وقول الخرقى فيما إذا قال شاهدان : نعرفه كان مسلماً ، وقال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، محمول على من لم يعرف أصل دينه ، أو علم أن أصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً في الأصل فينبى أن تقدم بيئة الكفر ، لأن بيئة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه في الأصل .

(فصل)

٨٥٧٨

وإن خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلنا في دينه حال الموت ، فالحكم فيها كالتى قبلها ، وهكذا سائر الأقارب ، إلا أن يخلف أبوين كافرين وأبدين مسلمين أو غيرها من الأقارب ويختلفون في دينه ، فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه ، لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان كافراً وأن الإبنين يدعيان إسلامه ، فيسكون للقول قول الأبوين ، وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في إسلامه ، لأن كفره ينبى على أنه كان مسلماً فارتد ، أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل)

٨٥٧٩

ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها ، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت ، فادعت أنها أسلمت قبل موته ، فأنكرها الورثة ، فالقول قول الورثة ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن لم يثبت أنها كافرة قادى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرونها ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم ما ادعوه عليها . وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرونها ، فالقول قولها . وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها ، فالقول قولهم . وإن اختلفوا في انقضاء عدتها ، فالقول قولها في أنها لم تنقض ، لأن الأصل بقاؤها ، ولا نعلم في هذا كله خلافاً ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور .

ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجده أخوه فاليراث للمتنفق عليه ، لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله ، وعلى أخيه البين ، ويكون على نفي العلم ، لأنها على نفي فعل أخيه ، إلا أن يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل النسمة ، فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له . وإن كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا في

حريقه عند الموت فالقول قول من بنى فيها . وإن لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً ، فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر ، فالقول قوله والميراث بينهما ، لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما .

## (فصل)

٨٥٨٠

وإن أسلم أحد الإبنين في غرة شعبان ، وأسلم الآخر في غرة رمضان ، واختلفا في موت أبيهما ، فقال الأول منهما : مات في شعبان فورثته وحدي . وقال الآخر : مات في رمضان ، فالميراث بينهما ، لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها . فإن أقام كل واحد منهما بيئته بدعواه ففيه وجهان : أحدهما : يتماضان .

والثاني : تقدم بيئته موته في شعبان ، لأن معها زيادة علم ، لأنها بيئت موته في شعبان ، ويجوز أن يخفى ذلك على البيئته الأخرى .

## (فصل)

٨٥٨١

وإن اختلفا في دار ، فادعى أحدهما أن هذه دارى ورثتها من أبي ، وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه ، وليس أحدهما أحماً للآخر ، وكانت في يد أحدهما ، فهي للذي هي في يده ، سواء كانت مسلماً أو كافراً . وإن كانت في أيديهما فهي بينهما . وإن كان لكل واحد منهما بيئته وهي في أيديهما تعارضتا ، وكان الحكم فيها على ما قدمنا في مثلها .

## ﴿مسألة﴾

٨٥٨٢

قال : ﴿ وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها : ماتت قبل ابنها فورثناها ، ثم مات ابنى فورثته . وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث الإبن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ﴾ .

وجملته : أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً ، واختلف الأحياء من ورثتهم في أسبقهم بالموت ، كإسراء وابنها ماتا ، فقال الزوج : ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ، ولابنى ، ثم مات ابني فصار ميراثي . وقال أخوها : مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ، ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه ، لأن سبب استحقاق الحى من موروثة موجود ، وإنما يمتنع لبقاء موروثة الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، فيكون ميراث الإبن لأبيه لا مشارك له فيه ، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين ، وهذا مذهب الشافعى .

فإن قيل : فقد أعطيت الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع .

قلنا : بل هو مدّع له كله ، ربعه بميراثه منها ، وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه . قال أبو بكر : وقد ثبتت البهنة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ ، وهذا تعليل لقول الخرقى في هذه المسألة . وذكر قول آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين قال : وهذا اختياري أن كل رجلين ادعى ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدري ما أراد به ، إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقى وليس بقول آخر ، وإن أراد أن مالها ومال الإبن بينهما نصفين لم يصح ، لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ ما لا يدعوه ولا يستحقه بيقيناً ، لأنه لا يدعى من مال الإبن أكثر من سدسه ، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه . وإن أراد أن ثلث مال الإبن يضم إلى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح ، لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينافيه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما في نصفه . ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفي ، كما لو تنازع رجلان داراً في أيديهما ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، فإنها تقسم بينهما نصفين ، وتسكون اليمين على مدعى النصف . إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها ، فدعى النصف يدعيه وهي في يده فقبل قوله فيه مع يمينه . وفي مسألتنا بعترقان أن هذا ميراث عن الميتين ، فلا بد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما ، وإنما هو ميراث بدعيانه عن غيرهما . وإن أراد أن يضم سدس مال الإبن إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه ، لأنهما تساوبا في دعواه فيقسم بينهما ، كما لو تنازعا دابة في أيديهما ، وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به .

والذي يقتضيه قول أصحابنا في الفرقى والمدمى أن يكون سدس ميراث الإبن للأخ وباقي الميراثين للزوج ، لأننا نقدر أن المرأة ماتت أولاً ، فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الإبن فورث الزوج كل ما في يده ، فصار ميراثها كله لزوجها . ثم نقدر أن الإبن مات أولاً فورثه أبواه لأمه الثلث ، ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين ، لكل واحد منهما السدس ، فلم يرث الأخ إلا سدس مال الإبن كما ذكرنا . ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتها واتفق ورأى على الجهل به . والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وأن الآخر مات قبله ، فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وإن أقاما بينتين تعارضتا ، وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما ، أو يقتسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث ، والله أعلم .

(فصل)

٨٥٨٣

ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، أو أنها اشترتها منه فأنكرها ، فالقول

قوله مع يمينه ، لأن القول قول المنكر مع يمينه . وإن أقام كل واحد منهما بيعة قدمت بيعة المرأة ، لأنها تشهد بزيادة خفيت على بيعة الزوج . وإن مات الرجل وخلف ابناً فادعى الابن أنه خلف الدار ميراثاً ، وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين ، قدمت بيعة المرأة لذلك ، فإن لم تكن بيعة فالقول قول الابن مع يمينه لا نهلم في هذا خلافاً .

## ( فصل )

٨٥٨٤

وإذا ادعى رجل أنه اكترى بيتاً من دار لرجل شهراً بعشرة ، فادعى الرجل أنه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ، ولا بيعة لواحد منهما ، فقد اختلفا في صفة المقد في قدر المسكترى فيتحالفان ، وقد مضى حكم التحالف في البيع .

وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة ، وقال المشتري : بل هو والعبد الآخر بعشرة ، فالقول قول البائع مع يمينه ولم يحمل بينهما تحاقفاً ، لأن المشتري يدعى بيعاً في العبد الزائد بنكره البائع ، والقول قول للمكر ، وهذا مثله . فعلى هذا يكون القول قول المسكترى مع يمينه إذا عدت البيعة . وإن أقام أحدهما بدعواه بيعة حكم له ، وإن كان مع كل واحد بيعة تعارضتا ، سواء كانا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو إحداها مؤرخة والأخرى مطلقة ، لأن المقد على البيت مفرداً وعلى الدار كلها في زمن واحد محال .

فإن قلنا : تسقطان فالحكم فيه كالأول لم يكن بينهما بيعة .

وإن قلنا : يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة ، وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي . وعلى قول أبي الخطاب تقدم بيعة المسكترى لأنها تشهد بزيادة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

فإن قيل : فهلا أوجبتم الآخرين معاً على المسكترى كما قلتم فيما إذا قامت البيعة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بيعة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران ؟

قلنا : ثم يجوز أن يكون المهران مستقرين ، بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالها ثم يتزوجها يوم الجمعة ، وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضي الزمان ، فإذا عقد عقداً قبل مضي المدة لم يجوز أن تجب الأجرتان .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٨٥

قال : ﴿ ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً ، وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبي ألفاً ، كان على ولي الصبي أن يطالب أحدهما بالألف ، إلا أن تكون كل بيعة لم تشهد بالألف الذي شهدت به الأخرى فيأخذ الولي الألفين ﴾ .

أما إذا كانت كل بيعة شهدت بألف غير معين ، فإن الولي يطالب بالآلفين جميعاً ، لأن كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الآلفين فيلزمه أدائها ، وعلى الولي أن يطالب بها ، كما لو أقر كل واحد منهما بألف ، وأما إن كان المشهود به ألفاً معيناً ، فشهدت بيعة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا ألف واحد ، وللولى مطالبة أيهما شاء ، لأنه قد ثبت أن كل واحد منهما أخذ الألف ، فإن كان لم يردده فقد استقر في ذمته ، وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده إليه ، لأنه ليس له قبض صحيح ، فإن غرمه الذى لم يردده لم يرجع على أحد ، لأنه استقر عليه ، وإن غرمه الراد له ، رجع على الذى لم يردده ، فإن غرمه أحدهما فادعى أن الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه ، فالقول قول الآخر مع يمينه ، لأن الأصل عدم استقراره عليه .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٥٨٦

قال: ﴿ ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب ، فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه ، جعلناهما أخوين ، وإن كانا سبياً فادّعى ذلك بعد أن اعتقا ، فيراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن تقوم بما ادّعى بيعة من المسلمين ، فيثبت النسب وبورث كل واحد منهما من أخيه ﴾ .  
وجملته: أن أهل الحرب إذا دخلوا إلينا مسلمين أو غير مسلمين ، فأقر بعضهم بنسب بعض ، ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة بإقرارهم ، ولأنه إقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل كإقرارهم بالحقوق للآلية ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن كانوا سبياً فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بيعة من المسلمين ثبت أيضاً ، سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ، ويسمى الواحد من هؤلاء حميلاً ، أى محمولا ، كما يقال للمقتول : قاتل ، وللمجروح : جريح ، لأنه حل من دار الكفر . وقيل : سمي حميلاً لأنه حل نسبه على غيره وإن شهد بنسبه الكفار لم تقبل ، وعن أحمد رواية أخرى أن شهادتهم في ذلك تقبل ثم تذر شهادة المسلمين به في الغالب ، فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم ، والمذهب الأول ، لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى ، وإنما لم يقبل إقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتقويت إرثه بالولاء على تقدير العتق ، وإن صدقهما معتقهما قبل ، لأن الحق له ، وإن لم يصدقهما ولم تقم بيعة بذلك لم يرث بعضهم من بعض ، وميراث كل واحد منهما لمعتقه ، وهذا قول الشافعى فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم ، وإن أقر بنسب فقيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يقبل .

والثانى : يقبل ، لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به .

والثالث : إن أمكن أن يستولد بعد عتقه قبل ، لأنه يملك الاستيلاء بعد عتقه ، وإلا لم يقبل لأنه لا يملك

قبل عتقه ، أو يستولد قبل عتقه . ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحنن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الإقرار من الأحرار الأصليين ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ، وواقفه المقر له فيه فقبل ، كما لو أقر من له أخ بنسب ابن ، وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه .

ولنا : ما روى الشعبي<sup>(١)</sup> « أن عمر رضى الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بيعة » رواه سعيد . وقال أيضاً : حدثنا سفيان عن ابن جعدان عن سعيد بن المسيب قال : كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلا إلا ببيعة ، ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل ، كما لو أقر أنه مولى لغيره ، فإن غيره شريكه في ولائه . وفارق الإقرار من الحر الذي له أخ ، لأن الولاء نتيجة الملك فجرى مجراه ، ولأن الولاء ثبت عن عوض والإخوة بخلافه . ألا ترى أنه لو قال لغيره : اعن عبدك عنى وعلى ثمنه صح ولم يثبت له إلا الولاء ؟ وإذا ثبت أنه بموضع كان أقوى من النسب . وإعنا قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما تقدم ذوى الفروض على المصبة مع قربهم .

### (فصل)

٨٥٨٧

وإذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب بإقرارهما وإن لم يتوارثا ، لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث . ولذلك لو أقر بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق ، وإن واد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه احتمل أن يقبل إقراره ، لأنه لا ولاء عليه ، فيقبل إقراره لوجود المقتضى لقبوله وانتفاء المعارض . واحتمل أن لا يقبل ، لأنه يرثه المسلمون ، ولأنه إذا لم يقبل إقرار الأصول فالفروع أولى .

فإن قلنا : يقبل إقرارهما فأقر أحدهما لأبي الآخر أنه عمه ، لم يثبت الإقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه ، لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتقد له ، وهل يثبت بالنسبة إلى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الأخ ، فلا تنفص صح الإقرار إلى إسقاط الولاء ، والأولى أنه لا يثبت ، لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين فلم يثبت في الآخر .

(١) في سنن الداريمى ج ٢ ص ٢٧٩ « عن الشعبي قال : كتب عمر بن الخطاب إلى شريح ألا يورث الحميل إلا بيعة وإن جاءت به في خرفها » وفيه « عن إبراهيم قال : لم يكن أبو بكر وعمر وعثمان يورثون الحميل » . وفي منتخب كنز العمال ج ٤ ص ٢٢٨ ذكر كتاب عمر إلى شريح وعزاه إلى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي في السنن قال : وضعفه (ف) .

٨٥٨٨

## ﴿مسألة﴾

قال: ﴿وإذا كان الزوجان في البيت، فافترقا، أو مانا، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل، وما كان يصلح للنساء للمرأة، وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين﴾.

وجملة ذلك: أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه، فقال كل واحد منهما: جميعه لي، أو قال كل واحد منهما: هذه المين لي، وكانت لأحدهما بيعة، ثبت له بلا خلاف، وإن لم يكن لواحد منهما بيعة، فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العائم وقمصانهم وجبايهم والأقبية والطياينة والسلاح وأشياء ذلك، القول فيه قول الرجل مع يمينه، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازهن فالقول قول المرأة مع يمينها، وما يصلح لها كالنفارش والأواني فهو بينهما، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم، وسواء اختلفا في حال الزوجية أو بعد البيئونة، وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر.

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطاق زوجته، أو يموت فتدعى المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما، وإن كان المتاع على يدى غيرها فن أقام البيعة دفع إليه، وإن لم تكن لها بيعة أقرع بينهما فن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع، وقال في رواية منها: وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى.

وقال القاضي: هذا إنما هو فيما إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم، أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين، سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، إلا أنهما قالا: ما يصلح لهما ويدها عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الثاني منهما، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكيمة، بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص كانت للخياط.

وقال أبو يوسف: القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها، وقال مالك: ما صلح لكل واحد منهما فهو له، وما صلح لهما كان للرجل، سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم، لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السكنى.

وقال الشافعي وزفر والبتى: كل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه.

وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم للبيئة ، فلم يقدم أحدهما على صاحبه ، كالذى يصلح لها أو كما لو كان في يدهما من حيث الشهادة عند من سلم ذلك .

ولنا : أن أيديهما جميعاً على متاع البيت ، بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولها ، وقد يرجع أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم ، كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها ، أو قيصاً أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه ، أو جداراً متصلاً بداريهما معقوداً بيدهما أحدهما أو له عليه أزج<sup>(١)</sup> .

ولنا على أبى حنيفة والقاضى : أنهما تنازعا فيما في أيديهما ، ولا مزبة لأحدهما على صاحبه ، أشبه ما إذا كان في اليد الحكيمة . فأما ما كان يصلح لها فإنه في أيديهما ، ولا مزبة لأحدهما على صاحبه . أشبه ما إذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للثاني أن وارث الميت قائم مقامه ، أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلاً ، فأما إذا لم يكن لها يد حكيمة ، بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجع أحدهما بصلاحيته ذلك له ، بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما ، وإن كانت في يد أحدهما فهي له ، وإن كانت في يد غيرها اقترعا عليها ، فن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا بها له في كل المواضع ، لأنه ليس لها يد حكيمة فأشبهها سائر المختلئين .

### ( فصل )

٨٥٨٩

وإذا كان في الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها ، حكم بألة كل صناعة لصاحبها فألة المطارين للمطار ، وألة النجارين للنجار . وإن لم يكونا في دكان واحد اسكن اختلفا في عين ، لم يرجع أحدهما بصلاحيته الدين المختلف فيها له كما ذكرنا في الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين .

### ( فصل )

٨٥٩٠

وإذا اختلف المسكرى والمسكترى في شيء في الدار نظرت ، فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأواني والكتب فهو للمسكترى ، لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقاشه ، وإن كان في شيء مما يقبع في البيع كالأبواب المنصوبة ، والخواويج المدفونة ، والرفوف المسورة ، والسلالم المستمرة ، والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتاني فهو للمسكرى ، لأنه من توابع الدار ، فأشبهه الشجرة المفروسة فيها . وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحد : إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار ،

(١) قوله ( أو له عليه أزج ) أى لأحدهما عليه أزج ، والأزج بفتح الهمزة والزاي . قال ابن البناء : هو القبو وقال الجوهري : ضرب من الأبلية ١ هـ من كتاب شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٥١٩ .  
وفي القاموس ج ١ ص ١٨٤ أزجه نأزيجاً : بناء وطوله وعليه فالأزج : بناء مطول . (ف)



فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها . وقال القاضي : كلام أحمد محمول على السمرة ، فأما غير السمرة فهي بينهما إذا تحالفا ، لأنها لا تتبع في البيع فأشبهت القاش ، وهذا ظاهر يشهد للكثيري ، والمكري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا ، وهذا مذهب الشافعي .

فعلی هذا إذا تحالفا كانت بينهما ، وإن حلف أحدهما ونسكل الآخر فهي لمن حلف . وذكر القاضي في موضع آخر وأبو الخطاب أنه إن كان لارف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما ، لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها . والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر .

وكذلك إن اختلفا في مصراع باب مقلوع ، فالحكم فيه كأذكرنا ، لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه ، فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا ، والفتاح مع السكرة . ووجه ظاهر كلام أحمد في أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل الكثيري لها معه ، فكانت لصاحب الدار كالذي له شكل منصوب ، ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار ، فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقاني من الرحا إذا كان السفلائي منصوباً ومفتاح السكرة المسمرة .

## (فصل)

٨٥٩١

وإذا كان خياط في دار غيره فاختلعا في الإبرة والتمس فهي للخياط ، لأن تعرفه فيها أكثر وأظهر والظاهر معه ، لأن الإنسان إذا دعا خياطاً ليخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه ، وإن اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار ، إذ ليست المادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره ، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها .

وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمشار وآلة النجارة فهي للنجار . وإن اختلفا في الخشبة المنجورة والأبواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار .

وإن اختلف النجار ورب الدار في قوس الندف فهو للنجار . وإن اختلفا في الفرش والظن والصوف فهو لصاحب الدار .

وإن اختلف رب الدار والسقا في القرية فهي للسقا . وإن اختلفا في الخاية والجرار فهي لصاحب الدار إذا ذكرنا .

## (فصل)

٨٥٩٢

وإذا تفازع رجلان دابة ، أحدهما راكبها والآخر أخذ زمامها ، فراكب أولى بها ، لأن تعرفه فيها

أقوى ويده أكد وهو المستوفى لمنفعتها . وإن كان لأحدهما عليها حل والآخر آخذ بزمامها فهي لصاحب الحل لذلك . وإن كان لأحدهما عليها حل والآخر راكب عليها فهي للراكب ، لأنه أقوى تصرفاً . وإن اختلفا في الحل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب ، لأن يده على الدابة والحل معاً . فأشبهه مالواختلف الساكن وصاحب الدار في قمش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة ، لأن السرج في المادة يكون لصاحب الفرس .

وإن تنازع اثنان في ثياب على عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد ، لأن يد العبد عليها . وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس لها فهما سواء ، لأن نفع الثياب يرد إلى العبد لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا .

(فصل)

٨٥٩٣

فإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما فهو لها ، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب النهر لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ومحمد : هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه .

ولنا : أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لها ، كالو تنازع صاحب الملو والسفل في السقف الذي بينهما أو حائط بين داريهما . وما ذكروه من الترجيعين مقابل فيستويان . وإن تنازع صاحب الملو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك . وكل موضع قلنا بقسم بينهما نصفين فإنما يخاف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له دون النصف الآخر ، لأن ما يحصل له لا يفيد له الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه ، كالمدي لا يخاف على ما يأخذه المدعي عليه

(فصل)

٨٥٩٤

وإن تنازعا حمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر ، أو قيصاً كره في يد أحدهما وباقيها مع الآخر فهما سواء فيها ، لأن يد الممسك بالطرف عليها ، بدليل أنه لو كان باقيها على لأرض فنازعه فيها غيره كانت له ، وإذا كانت في أيديهما تساوى فيها . ولو كانت دار فيها أربعة أبيات وفي أحد أبياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها ، كان لكل واحد ما هو ساكن فيه ، لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ، ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه . ولو تنازعا الساحة التي بتطرق منها إلى البيوت فهي بينهما نصفين لأشتراكهما في ثبوت اليد عليها ، فأشبهت العامة فيما ذكرنا .

﴿ ————— آية ﴾

٨٥٩٥

قال : ﴿ ومن كان له على أحد حق ففاته منه وقد رد له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه ، لم يروى عن

النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذى .  
وجملته : أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه  
بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه ، لأنه لا يجوز  
أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه ، لأنه قد يكون  
للإنسان غرض في العين ، فإن أتلّفها أو تلفت فصدّرت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه  
تقاصاً في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعى . وإن كان مانعاً له لأمر يبيح المبيع كالأجبل والإعسار  
لم يجوز أخذ شيء من ماله بغير خلاف ، وإن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً أو عوضه إن كان تالفاً ولا  
يحصل التقاص هاهنا ، لأن الدين الذى له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف الذى قبلها . وإن كان مانعاً له  
بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجوز له الأخذ أيضاً بغيره ، لأنه قدر على استيفاء حقه  
بمن يقوم مقامه ، فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله . وإن لم يقدر على ذلك لسكونه جاحداً له ولا  
بيّنة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه إجباره على ذلك أو نحو هذا ، فالمشهور في المذهب أنه  
ليس له أخذ قدر حقه ، وهو إحدى الروايتين عن مالك .

قال ابن عقيل : وقد جعل أصحابنا الحديثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند حين  
قال لها النبي صلى الله عليه وسلم « خذى ما يسكفيك وولديك بالمعروف » وقال أبو الخطاب : ويتخرج لفسا  
جواز الأخذ ، فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره ، وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد في  
تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ، ومن قول أحمد في المرقن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمرأة تأخذ  
مؤنتها ، وبائع السلمة يأخذها من مال الفليس بغير رضا .

وقال الشافعى : إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه ،  
وإن كانت له بيّنة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان . والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره  
عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه ، وإن كان عليه دين لم يجوز لأنهما يتحصان في ماله إذا أفلس .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه ، وإن كان المال  
هرضاً لم يجوز ، لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضاء من المتعاضدين . قال الله  
تعالى ( إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ )<sup>(١)</sup> .

واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « يا رسول  
الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يسكفيني وولدي ، فقال : خذى ما يسكفيك

وولدك بالمعروف « متفق عليه ، وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » رواه الترمذى وقال حديث حسن . ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل في عموم الخبر .

وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه <sup>(١)</sup> » ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه ، فإن التعيين إليه . ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول : اقضنى حقي من هذا الكيس دون هذا ؟ ولأن كل مالا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين ، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين كما لو كان باذلاً له .

وأما حديث هند فإن أحد اعتذر عنه بأن حقهما واجب عليه في كل وقت . وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في الحاكمة في كل وقت والخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البيعة ، فكأن الحق صار معلوماً يعلم قيام مقتضيه ، وبينهما فرقان آخران :

أحدهما : أن للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبي .

الثاني : أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء الحاجة ، وهذا مما لا يضر عنه . ولا سبيل إلى تركه ، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى نقول : لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ، ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه .

فلى هذا إن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً ، وإن كان تافهاً وجب منه إن كان منابهاً ، أو قيمته إن كان مقبوضاً . فإن كان من جنس دينه تقاصاً وتساقطاً في قياس للذهب ، وإن كان من غير جنسه لزمه غرمه .

ومن جوز من أصحابنا الأخذ فإنه قال : إن وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة ، وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه ، لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه ، وهذا يبيعه من نفسه وتلقفه فيه نهمة ، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا : الرهن ينفق عليه إذا كان مركوباً أو محلوباً يركب ويحلب

(١) أخرجه الدارقطني عن أنس ، وأخرجه الدارقطني وأحمد عن أبي حرة الرقاشي عن عمه كما في الدارقطني

بقدر النفقة وهى من غير الجنس . واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم من جوز له هذا ، ومنهم من قال يواطىء رجلا يدهى عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بذلك الشيء الذى أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه إليه .

## ( فصل )

٨٥٩٦

إذا ادعى إنسان على إنسان حقاً ، وأقام به شاهدين ، فلم يعرف الحاكم عدالتهما ، فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده ، أوجب إلى ذلك ، لأن الظاهر من المسلمين العدالة ، ولأن الذى على الغريم قد أتى به ، وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود . وإن أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه ، لأن البينة ما تمت والحبس عذاب ، فلا يتوجه عليه دون تمام البينة ، وإن كان الحق مما يثبت بشاهد وبمين فقيه وجهان : أحدهما : يحبس له ، لأن الشاهد الواحد حجة فى المال ، وإنما اليمين مقبولة له .

والثانى : لا يحبس وهو الصحيح ، لأنه إن حبس ليقيم شاهداً آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التى لا تثبت إلا بشاهدين . وإن حبس ليحلف معه فلا حاجة إليه ، فإن الحلف ممكن فى الحال ، فإن حلف ثبت حقه وإلا لم يجب شيء . ويحتمل أن يقال : إن كان المدعى باذلاً لليمين والتوقف لأجل إنبات عدالة الشاهد حبس لما ذكرناه فى التى قبلها ، وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه . قال القاضى : وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم ، وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقال للمشهد له : إن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث وإلا أطلقناه .

## ( فصل )

٨٥٩٦

وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهدين ولم يمدلا ، فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود ، فعلى الحاكم ذلك ، وبؤجره من نفقة ، وينفق عليه من كسبه ، ويحبس الباقي ، فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقي من كسبه ، وإن فسقارداً إلى سيده ، وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأننا لو لم نحل بينهما أنفى إلى أن تكون أمة فيطأها . وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال بينهما فقيه وجهان .

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما ، لأن البينة لم تتم ، وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين ، فلا يثبت بشاهد واحد ، والله أعلم .

## كتاب العتق (١)

العتق في اللغة : الخلوص ، ومعه عتاق الخليل ، وعتاق الطير ، أى خالصتها . وسمى البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة .

(١) أبواب العتق والتدبير والمكاتبة والاستيلاء وما تناولته من أحكام تظهر بوضوح جمال موقف الإسلام من الأرقاء ومدى تشوفه إلى حريتهم وتكشيف زيف اتهام الإسلام بأنه يهدر كرامة الإنسان وحرية بإباحته للاسترقاق وفي الحق أن هذا الاتهام يعوزه النظرة الشاملة للظروف التي لا يست إباحته . والقاضي العادل النزيه لا يدلي بحكمه إلا بعد دراسة شاملة للقضية وما لا يسها ليكون حكمه صائباً ، فالقتل وهو جريمة قد يفتنى عنه وصف الإجرام حين يكون دفاعاً حتمياً عن النفس .

وفي موضوع الرق ينبى أن نذكر أن الإسلام لم يكن أول من شرعه فقد كان مشروعاً في معظم دول العالم تفره قوانينها ودياناتها .

في اليونان شاع نظام الرق وأقره إنلاطون وأرسطو .

والقانون الرومانى أباح أن يسترق الدائن مدينه إذا لم يف بدينه كما أباح استرقاق الأسرى والنهى بقتلهم وتعذيبهم .

كذلك رضى لفرس هذا للنظام ، وكانوا يتفاوضون عن هدوة الرقيق الأدنى لكنهم أباحوا في المرة الثانية تنفيذيه بل قتله .

والإسرائيليون أباحوا استرقاق أهل المدن المفتوحة من النساء والأطفال ، أما الرجال فليس لهم عندهم إلا القتل ما لم يتم صلح معهم ، ففي سفر التثنية الإصحاح ٢٠ الآية ١٠ - ١٥ « حين تقرب من مدينة لى نحاربها استدعها إلى الصلح فإن أجابتك إلى الصلح وفتحت لك فكل الشعب الموجود فيها يكون لك لتسخير ويستعبد لك وإن لم تسالمك بل عملت معك حرباً فغاصرها وإذا دفعها الرب إلهك إلى يدك فاضرب جميع ذكورها بحمد السيف ، وأما النساء والأطفال والبهائم وكل ما في المدينة كل غنيمتها فتغنمها لنفسك وتأكل غنيمه أعدائك التي أعطاك الرب إلهك » .

والبراهمة كانوا يعاملون للنبوذيين ( طبقة السودرا ) معاملة الخدم والرقب وكانوا يعاملون الأرقاء بقسوة ، وإن كانوا - يا للمعجب - يعاملون الحيوانات برحمة .

والسحيون أقرروا الرق وأوصوا بالأرقاء خيراً كما أوصوهم بطاعة أسيادهم . جاء في رسالة بولس إلى أهل كورنثوس الإصحاح الثالث ٢٢ أيها العبيد أطيعوا في كل شئ سادتكم حسب الجسد لا بخدمة العين كن رضى الناس بل ببساطة القلب خائفين الرب .

وفي الإصحاح الرابع ١ أيها السادة قدموا للعبيد العدل والمساواة عالمين أن لكم أتم أيضاً سيداً في السموات =

وهو في الشرع : تحرير الرقبة وتخليصها من الرق ، يقال : عتق العبد وأعتقه أنا ، وهو عتيق ومعتق .

== ومثل هذا جاء في رسالته إلى أهل أفسس الإصحاح السادس ٥ - ٩ .

وفي رسالته الأولى إلى تيموثاوس الإصحاح السادس ٢٤١ .

وفي رسالته إلى تيطس الإصحاح الثاني ٩ .

وفي رسالة بطرس الأولى الإصحاح الثاني ١٨ .

هكذا كان الرق موجوداً قبل الإسلام في الدول المجاورة ومعترفاً به في الديانات المختلفة ، وكذلك كان في بلاد العرب ، وفي العصر الذي بزغ فيه فجر الإسلام والذي سبقه كان الرق عماد الحياة الاقتصادية وقوام الحياة الاجتماعية ، فأقرار الإسلام له أتخذ كان تحت تأثير هذه الظروف ، وجرباً على مبدأ ( المعاملة بالمثل ) ، ومع هذا نلاحظ أنه قلل الروافد ، ووسع المنافذ ، لينالنى أمره وينهى بالتدريج .

ولكى ندرك هذا ينبغي أن نتعرف أسباب الرق التي ارتضاها الإسلام وأسبابه التي شاعت في غيره .

لقد كان من أسباب الرق انتماء الشعب إلى جماعة معينة كما هو حال المنبوذين مع البراهمة وكان من أسبابه الخطف ، والحرب ، وارتكاب بعض الجرائم ، والمعجز عن سداد الدين وسلطة الوالد على ولده فله أن يبيعه ، وسلطة الإنسان على نفسه فله أن يبيعه وتنازل الرقيق .

فجاء الإسلام فألغاهما جميعاً عدا رق الحرب ورق الوراثة.

وفي رق الوراثة استثنى أولاد الإماء من سيدهن إذا اعترف بهن ، وفي رق الحرب اشترط أن تكون الحرب شرعية أى أعلنها الإمام لسبب مشروع متبهاً فيها تعاليم الإسلام وبشرط أن يختار الاسترقاق إذ يجوز له أن يطلق الأسير دون مقابل أو بفدية أو ببذل من أسرى المسلمين .

ولحكمة ما ذكر القرآن للن والهداء دون الرق قال تعالى ( فإذا لقيمتم الذين كفروا فاضرب الرقاب حتى إذا انحتموهم فشدوا الوثاق فإما مناً بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها ) سورة محمد آية ٤ .

إلى جانب هذا أكثر الإسلام منافذ العتق حيث جملة كفارة لظهار وللميمين وللقتل وأفطر رمضان ، وجهل من أسبابه التلفظ به صراحة ولو من غير قصد ، وللكاتبة والتدبير والاستيلاء ، وإيذاء العبد إيذاءً بليغاً — عند أحمد — كذلك جعل سهماً من أسهم الزكاة يصرف في تحرير الرقاب ، ولم يكنف بهذا بل رغب في العتق بأساليب متنوعة ، ففي القرآن يقول تعالى ( فلا اقتحم العقبة . وما أدراك ما العقبة . فك رقبة ) وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل أعتق أمراً مسلماً استغنى الله تعالى بكل عضو منه عضواً من النار » زاد في رواية أخرى « حتى فرجه بفرجه » أخرجه الشيخان والترمذى ومع بقاء الرق يدعو الإسلام إلى حسن معاملة الرقيق .

عن أبي ذر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يطعم وليلبسه مما يلبس ولا تكفروهم من العمل ما يفلهم فإن كلفتموهم ما يظلمهم فأعينوهم » أخرجه البخارى ومسلم .

والأصل فيه الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى ( فَتَحْزِرُوا رَقَبَةً <sup>(١)</sup> ) وقال تعالى ( فَكُنْ رَقَبَةً <sup>(٢)</sup> ) .

وأما السنة فما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق رقبة

= وعن ابن عمر قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله كم أعفو عن الخادم؟ فصمت صلى الله عليه وسلم ثم سأله فقال : يا رسول الله كم أعفو عن الخادم؟ فقال : أعف عنه في كل يوم سبعين مرة .  
وعنه أيضاً قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من لطم مملوكه أو ضربه فكفرته أن يعتقه »  
أخرجهما أبو داود .

وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في العبيد : إن أحسنوا فاقبلوا وإن أساءوا فاعفوا ، وإن غلبوكم فبيعوا » أخرجهم البزار .

وعن عمار بن ياسر رضى الله عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ضرب مملوكه ظلماً أقيده يوم القيامة » رواه الطبراني ورواه ثقات .

وعن أبي هريرة قال : قال أبو القاسم نبي التوبة : « من قذف مملوكه بريثاً مما قال أقيم عليه الحد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال » .

وعنه أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقولن أحدكم عبيدى وأمتى ، ولا يقول للمملوك : ربى وربى ، وليقل المالك : فتاى وفتاى ، وليقل المملوك : سيدى وسيدتى فإنكم للمملوكون والرب هو الله عز وجل »  
أخرجهما الشيخان . وعن عمرو بن حريث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما خفت على خادمك من عمله كان لك أجراً فى موازينك » أخرجهم أبو يعلى وابن حبان .

وعن علي رضى الله عنه قال : « كان آخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة ، انقوا الله فيما ملكت إيمانكم » أخرجهم أبو داود وابن ماجه .

ومن حسن المعاملة للأرقاء أن الإسلام سمح لهم بإقامة أسرة وأباح لهم الزواج والطلاق رعاية لطبيعتهم وتقديراً لظروفهم .

كذلك جعل أمان العبد فى الحرب كأمان الحر؛ عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :  
« للسلون تنكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم » أخرجهم أبو داود وابن ماجه .  
بعد هذا الذى قدمناه مؤيداً بأدلته من الكتاب والسنة يتبين تمام حكمة الإسلام فى موقفه من الرق ، وعظيم فضله فى حسن معاملة الأرقاء وسعيه الحثيث فى تخليصهم من الرق بالعتق . (ف)

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) سورة البلد آية ١٣ .



مؤمنة أعتق الله بكل إرب<sup>(١)</sup> منها إرباً منه من النار حتى إنه ليؤتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج « متفق عليه . في أخبار كثيرة سوى هذا .  
وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القرية به .

## (فصل)

٨٥٩٨

والعتق من أفضل القرب إلى الله تعالى ، لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والأيمان ، وجهله النبي صلى الله عليه وسلم فكما كالمعتقه من النار ، ولأن فيه تخليصاً للآدمي المعصوم من ضرر الرق ، وملك نفسه ومنافعه ، وتكميل أحكامه ، وتمكنه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره . وإعتاق الرجل أفضل من إعتاق المرأة ، لما روى كعب بن مرة البهزي<sup>(٢)</sup> قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فسكاً كه من النار ، يُجزى بكل عظم من عظامه عظماً من عظامه ، وأيما رجل مُسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فسكاً كه من النار يُجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فسكاً كه من النار ، تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها » .

والمتعبد عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق ، فأما من يتضرر بالعتق كن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع ، أو كلاً على الناس ويحتاج إلى المسألة فلا يستحب عتقه ، وإن كان ممن يخاف عليه للضي إلى دار الحرب والجوع عن دين الإسلام ، أو يخاف عليه الفساد ، كمبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق ، أو جارية يخاف منها الزنا والفساد ، كره إعتاقه . وإن غلب على اللظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً ، لأن النوسل إلى الحرام حرام ، وإن أعتقه صح لأنه إعتاق صدر من أهله في محله فصح كإعتاق غيره .

## (فصل)

٨٥٩٩

ويحصل العتق بالقول وللملك والاستيلاد ، ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى ، ولا يحصل بالنية المجردة ، لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة . وألفاظه تنقسم إلى صريح وكنابة .

(١) إرب بكسر الهمزة وسكون الراء : العضو . (ف)

(٢) ويقال مرة بن كعب البهزي السلمي بضم السين . قال ابن السكن : الأكثر يقولون : كعب بن مرة ، وقد رواه بالشك ( كعب بن مرة أو مرة بن كعب ) أبو داود في باب أي الرقاب أفضل ج ٢ ص ٣٥٥ وكذلك أحمد في مسنده ج ٤ ص ٢٣٥ ولفظ ( للنفى ) هو الوارد في مسند أحمد . (ف)

فالصريح لفظ الحرية والعنق وما تصرف منهما ، نحو أنت حر . أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق ، أو أعتقتك ، لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة ، وهما يستعملان في العنق عرفاً ، فكأننا صريحين فيه . فتى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العنق ، وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً .

قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال : تنحى يا حرة ، فإذا هي جاريتها ، قال : قد عتقت عليه . وقال في رجل قال لخدم قيام في ولية : مروا أنتم أحرار ، وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها ، قال : هذا عندي تعتق أم ولده ، ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين ، لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال : عبدى حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق ، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده ، فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال : أنت طالق يحسبها التي ناداها فإنها لا تطلق على رواية ، فكذا هاهنا .

فأما إن قصد غير العتق ، كرجل يقول : عبدى هذا حر ، يريد عفته وكرم أخلاقه ، أو يقول لعبده : ما أنت إلا حر ، أى إنك لا تطيعنى ولا ترى لى عليك حقاً ولا طاعة ، فلا يعتق في ظاهر المذهب .

قال حنبل : سئل أبو عبد الله عن رجل قال لفلانه : أنت حر وهو يماثيه ؟ فقال : إذا كان لا يريد به العتق يقول كأملك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا ، رجوت أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف إليه ، كما لو نوى بكناية العتق العتق ، وبهذا قال الثوري وابن المنذر . قال : وإن طلب استحلافه حاف . وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا ، فيقال : امرأة حرة يعنون عفيفة ، وتمدح المملوكة به أيضاً . ويقال للحيي الكريم الأخلاق : حر ، قالت سبيعة ترثى عبد المطلب شعراً :

ولا تَسْأَلُ مَا أَنْ تَبْكِيَا كُلَّ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ عَلَى حُرِّ كَرِيمِ الشَّامِلِ

وأما الكفاية فنحو قوله : لا سبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك ، وأنت سائبة ، واذهب حيث شئت ، وقد خليتك . فهذا إن نوى به العتق عتق ، لأنه يحتمله ، وإن لم ينو به لم يعتق ، لأنه يحتمل غيره ، ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله : لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين :

إحداها : أنه صريح .

والثانية : أنه كناية ، وهو الصحيح لما ذكرناه .

فأما إن قال : لا رق لى عليك ولا ملك لى عليك وأنت لله ، فقال القاضى : هو صريح ، نص عليه أحمد . وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ، ولا خلاف فى المذهب أنه يعتق به إذا نوى . ومن قال يعتق بقوله

أنت لله إذا نوى : الشعبي والسيب بن رافع وحاد والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعتق به ، لأن مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله ، وهذا لا يقتضي العتق .

ولنا : أنه يحتمل أنه حر لله ، أو عتق لله ، أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله ، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات ، وما ذكره لا يصح ، لأن احتماله لما ذكره لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات ، فإنها تحتمل العتق وغيره ، ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه . وما يحتمل أمرين انصرف إلى أحدهما بالنية ، وهذا شأن الكنايات . وما ذكره من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح وإنما هو كناية . وقوله : لا ملك لي عليك ، ولا رق لي عليك ، خبر عن انتفاء ملكه ورقة لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق ، فلم يكن صريحاً فيه ، كقوله : ما أنت عبي ولا مملوكي ، وقوله لامرأته : ما أنت امرأتى ولا زوجتي .

## (فصل)

٨٦٠٠

وإن قال لأمته : أنت طالق ، بنوى العتق به ، فقيه روايتان :

إحداها : لا تعتق به ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقة كفسخ الإجارة ، ولأن ملك الرقة لا يستدرك بالرجعة فلا يجعل بالطلاق كسائر الأملاك . والرواية الثانية : هو كناية تعتق به الأمة إذا نوى العتق ، وهو قول مالك والشافعي ، لأن الرق أحد المالكين على الأدنى فيزول بلفظ الطلاق كالآخر ، أو فيكون اللفظ للوضوح لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر ، كالحرية في إزالة النكاح ، ولأن فيه معنى الإطلاق ، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق .

## (فصل)

٨٦٠١

فإن قال لأكرمته ؛ أو لمن لا يولد مثله : هذا ابني ، مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة : هذا ابني ، لم يعتق ولم يثبت نسبه . وقال أبو حنيفة : يعتق ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا ، لأنه اعترف بما تثبت به حريقه ، فأشبهه ما لو أقر بها .

ولنا : أنه قول يتحقق كذبه فيه . فلم تثبت به الحرية ، كما لو قال لطفل : هذا أبي ، أو لطفلة : هذه أمي . قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد إليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ، ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل : هذا أبي ، ولأنه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي ، أو قال لها وهو أسن منها : هذه أمي لم تطلق ، كذا هذا .

٨٦٠٢

( فصل )

فإن قال لأمتة : أنت حرام على ، ينوى به العتق عتقت . وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى لا تمتق ، كقوله لها : أنت طالق . والصحيح أنها تمتق به ، لأنه يحتمل أنت حرام على لكونك حرة ، فتعتق به ، كقوله : لا سبيل لي عليك .

٨٦٠٣

( فصل )

وبصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً ، ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه في أن عتق الحربى لا يصح ، لأنه لا ملك له على التمام ، بدليل إباحة أخذ الجزية منه ، وانتفاء عصمته في نفسه وماله .

ولنا : أنه يصح طلاقه فصح إعتاقه كالذمي ، ولأنه مالك بالغ عاقل رشيد ، فصح إعتاقه كالذمي . وقولهم : لا ملك له ، لا يصح . فإنهم قد قالوا إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر ، فلأن يثبت الملك لم في غير ذلك أولى .

٨٦٠٤

( فصل )

ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبي والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم . وعن حفظنا عنه ذلك الحسن والشامي والزهرى ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبالغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ »<sup>(١)</sup> ولأنه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالمبة . ولا يصح عتق السفينة المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يصح عتقه قياساً على طلاقه وتدييره .

ولنا : أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ، ولأنه تصرف في المال في حياته فأشبهه ببيعه وهبته ، ويفارق الطلاق ، لأن الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه . ويفارق التدبير ، لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت . ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة . وعتق السكران مبنى على طلاقه ، وفيه من الخلاف ما فيه . ولا يصح عتق المسكره كما لا يصح طلاقه ، ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته .

٨٦٠٥

( فصل )

ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبيد ولده الصغير ، أو يتيمة القدي في حجره لم يصح ، وبهذا

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن عائشة . (ف)

قال الشافعي وابن المنذر . وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك <sup>(١)</sup> » ولأن له عليه ولاية ، وله فيه حق ، فصح إعنتاقه كإله .

ولنا : أنه عتق من غير مالك فلم يصح ، كإعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر : لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل أنه لا حق له في سائر .

وقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة الملك ، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك ، وإمكان الأخذ من مالك ، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعنتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه . وثبوت الولاية له على مال ولده أبغ من امتناع إعنتاق عبده ، ولأنه إنما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينتهي له ، ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التصديق والتفريط بإعتاق رقيقه والتبرع بماله .

ولو قال رجل لعبد آخر : أنت حر من مالي فليس بشيء ، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه . وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء . ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قل لعبد : أنت حر من مالي ، فقال : قد رضيت فليس بشيء ، وبهذا قال الثوري وإسحاق .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٠٦

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً ، أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ، ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً ﴾ .  
وجملته : أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً ، إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعنتقه معاً ، أو يملقوا عنتقه على صفة واحدة فتوجد ، أو يوكلوا واحداً فيعتقه ، أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه ، فإنه يصير حراً ، وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما الولاء لمن أعتق <sup>(٢)</sup> » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه ، وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون ، أو كان المقتان الأولان معسرين والثالث موسراً ، فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين :

أحدهما : أنه باطل ، لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفرداً ، إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر

(١) أخرجه ابن ماجه عن جابر ، والطبراني عن سمرة وابن مسعود . (ف)

(٢) أخرجه البخاري عن ابن عمر . (ف)

ونصفه عبد ، كما لا يمكن أن يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ، ولا سبيل إلى إعتاق جميعه فبطل كله .

والثانى : يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذى لم يعتق فى ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه . وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتاج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ، ويردهما قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركاً له فى عبد فساكن معه ما يبايع ثمن العبد قوم عليه قيمة المدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه .

وإذا ثبت : أنه لا يعتق على العسر إلا نصيبه فباق العبد على الرق ، وإذا أعتقه مالسه عتق بإعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق ، لأن الولاء لمن أعتق . ويفارق العتق الطلاق ، لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد ، فنظيره إذا كان العبد لواحد فأعتق جزءاً منه ، فإنه يعتق جميعه .

### ( فصل )

٨٦٠٧

وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد : إذا دخلت الدار فنصيبى منك حر ، فدخل عتق عليهم جميعاً ، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو فى دفعات متفرقة ، لأن العتق فى أنصبتهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تطبيقه .

### ( مسألة )

٨٦٠٨

قال : ﴿ ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله ، وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه ﴾ . وجملته : أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه ، لا نعلم خلافاً فيه ، لما فيه من الأثر ، ولأنه جائز التصرف أعتق مملوكه الذى لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه ، كما لو أعتق جميع العبد للملوك له . وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه والولاء له ، وهذا قول مالك وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى والشافعى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق . وقال الباقى : لا يعتق إلا حصة المعتق ، ونصيب الباقيين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى ابن التلب<sup>(١)</sup> عن أبيه « أن رجلاً أعتق شقصاً له فى مملوك فلم يضمه النبي صلى الله عليه وسلم » ذكره أحمد ورواه ، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق ، إلا أن تكون جارية نفيسة يقال فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه .

(١) ابن التلب اسمه ( ملهلم ) بكسر أوله وسكون اللام ، و ( التلب ) بفتح التاء وكسر اللام وتشديد الباء ، التميمى العنبرى ، مستور كما فى التقريب ج ٢ ص ٢٧٣ والحديث أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٥٠ . ( ف )

وقال أبو حنيفة : لا يمتق إلا حصة المعتق ، ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه ، فيمعتق حينئذ .

ولنا : الحديث الذي روينا وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم العتق في جميعه ، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق للموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا غيره .

وروى قتادة عن أبي الميخ عن أبيه « أن رجلاً من قومه أعتق شقصاً له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه في ماله وقال : ليس لله شريك <sup>(١)</sup> » قال أبو عبد الله : الصحيح أنه من أبي الميخ عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه . هذا معنى كلامه . وقول البقي شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعمل عليه . وحديث التلب يتمين حمله على المفسر جمعاً بين الأحاديث . وقياس العتق على البيع لا يصح ، فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له ، والعتق يسرى ، فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ، ولو أعتق نصفه عتق كله .

وإذا ثبت هذا : فإن ولائه يكون له ، لأنه عتق بإعتاقه من ماله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه .

### (فصل)

٨٦٠٩

ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين ، أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ، ذكره القاضى ، وهو قول الشافعى .

وقال أبو الخطاب : في الكافر وجه أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى إلى باقيه ولا يقوم عليه ، لأنه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً .

ولنا : عموم الخبر ، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر ، كالرد بالعيب ، والغرض هاهنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء . ولو قدر أن هاهنا تمليكاً لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه ، فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور

(١) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٤٨ وانظر مختصره للنذرى ومعالم السنن للخطابى ج ٥ ص ٣٩٥ فقد جاء ما نصه « وأخرجه النسائى وابن ماجه ، وقال النسائى : أرسله سعيد بن أبى عروبة وهشام بن عبد الله وساقه هـ عنهما مرسلان . وقال : هشام وسعيد أثبت من هام — وهو الراوى عن قتادة — في قتادة ، وحديثهما أولى بالتحواب . وأبو الميخ اسمه عامر ويقال عمير ويقال زيد وهو ثقة محتج به في الصحيحين وأبو أسامة بن عمير ، هذلى بصرى له صحبة ، ولا نعلم أن أحداً روى عنه غير ابنه أبى الميخ .

بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم . وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦١٠

قال : ﴿ فإن أعتقه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لأنه قد صار حراً بعتق الأول له » .

يعنى أن العتق يسرى إلى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة ، فباعتق كله حين لفظ بالعتق ، وبصير حراً ، وتستقر القيمة عليه ، فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له ، واختاره المزني . وقال الزهري وعمر بن دينار ومالك والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ، ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق ، وهذا مقتضى قول أبي حنيفة ، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد <sup>(١)</sup> » وفي لفظ رواه أبو داود « فإن كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق <sup>(٢)</sup> » فجعله عتقاً بعد دفع القيمة ، ولأن العتق إذا تمت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالأداء كالمسكاتب . وللشافعي قول ثالث أن العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبيناً أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وإن لم يدفع القيمة تبيناً أنه لم يكن عتق ، لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا : حديث ابن عمر روى باللفظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ ، فنها <sup>(٣)</sup> لفظ رواه أبوب عن نافع عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شركاً له في عبد فكان له ما يبلغ ثمنه

(١) أخرجه البخاري ج ٣ ص ١٨٩ ومسلم ج ٣ ص ١٢٨٦ عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » والحديث أخرجه أيضاً أبو داود ج ٢ ص ١٣٤٩ واللساني ج ٧ ص ٣١٩ وابن ماجه ج ٢ ص ١٠٧ ، ١٠٨ . (ف)

(٢) أنظر سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٠ ومختصره ج ٥ ص ٤٠٦ وقد ورد في صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٨٧ ولفظه « من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه في ماله قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً » الوكس : البخس والنقص — الشطط : الجور والراد لا نقص ولا زيادة .

(٣) في نسخ اللين (فمنهما) والصواب (فنها) . (ف)



بقيمة العدل فهو عتيق « رواه البخارى وأبو داود<sup>(١)</sup> والنسائى . وفى لفظ رواه ابن أبى مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفى رواية ابن أبى ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذى يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله » .

وروى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً فى مملوك فهو حر من ماله<sup>(٢)</sup> » .

وهذه نصوص فى محل النزاع ، فإنه جملة حراً وعتيقاً بإعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ، ولأنه عتق بالمراية فكانت حاصلة عقيب لفظه كما لو أعتق حراً من عبده ، ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ، ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق ، وعند الشافعى لا ينفذ بالإعتاق أيضاً ، فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول .

وأما حديثهم فلا حجة لهم فيه ، فإن الواو لا تفتضى ترتيباً ، وأما العطف بـم فى اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى ( ثم الله شهيد على ما يفعلون )<sup>(٣)</sup> .

وأما العوض فإنما وجب عن التلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق ، وعدم اعتبار التراضى فيه ، ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة .

فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لها فيه عتق ولا لها عليه ولاء ، وولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة ، لأنه قد صار حراً بإعتاقه . وعند مالك يكون ولاءه بينهم أثلاثاً ولا شيء على المعتق الأول من القيمة . ولو أن للمعتق الأول لم يؤد القيمة حتى أفلس ، عتق العبد وكانت القيمة فى ذمته ديناً يراحم بها الشريكان عندنا ، وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ، ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها ، لأنه حينئذ حررها . وعند مالك يقوم ولدها أيضاً . ولو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق ، لأنه فوت عليه رقه . وعند مالك لا شيء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته ، فهو فى جميع أحكامه عبد .

(١) أخرجه البخارى ج ٣ ص ١٨٩ والنسائى ج ٧ ص ٣١٩ ؛ أما أبو داود فلم يروه بهذا اللفظ بل رواه بألفاظ خرجناها قريباً . (ف)

(٢) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٣٤٩ « من أعتق شقيصاً فى مملوك فمليسة أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسمى العبد غير مشقوق عليه » . (ف)

(٣) سورة يونس آية ٤٦ ،

٨٦١١

(فصل)

والقيمة معتبرة حين اللفظ بالمتق ، لأنه حين الإلتلاف ، وهو أحد أقوال الشافعى . وللشريك مطالبة للمتق بالقيمة على الأقوال كلها ، فإن اختلفنا في قدرها رجع إلى قول للقومين ، فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمنًا تختلف فيه القيم ولم تكن بينة ، فالقول قول المتق ، لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة ذمته منها ، وهذا أحد قولى الشافعى . وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة ، فالقول قول للمتق لذلك ، إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه ، فالقول قول الشريك ، لأننا علمنا صدقه . وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه فقيه وجهان :

أحدهما : القول قول المتق . لأن الأصل براءة ذمته .

والثانى : القول قول الشريك ، لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث . وإن اختلفنا في عيب ينقص القيمة كسرقة أو إهاب ، فالقول قول الشريك ، لأن الأصل السلامة ، فبالجمله التي رجعنا قول المتق في نفي الصناعة يرجع قول الشريك في نفي العيب . وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه ، فالقول قول المتق ، لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ، ويحتمل أن يكون القول قول الشريك ، لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق .

٨٦١٢

(فصل)

والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته ، وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والسكن وسائر مالا بد له منه يدفعه إلى شريكه ، ذكره أبو بكر في التنبيه . وإن وجد بعض ما بقى بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه ، ذكره أحد في رواية ابن منصور ، وهو قول مالك . وقال أحد : لا تباع فيه دار ولا رباغ ، ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال : وقال مالك والشافعى : يباع عليه سوار بيته وما له بال من كسوته ، ويقضى عليه في ذلك ما يقضى عليه في سائر الدعاوى ، والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالمتق لأنه حال الوجوب ، فإن أيسر للعسر بعد ذلك لم يسر لإعتاقه ، وإن أعسر المومر لم يسقط ما وجب عليه ، لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدَيْن الإلتلاف . نص على هذا أحد .

٨٦١٣

(فصل)

إذا قال أحد الشريكين لشريكه : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك ، فأعتق نصيبه عتقا معاً ولم يلزم المعتق شيء ، وقيل : يعتق كله على المعتق ، لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه ، فيلزم أن يكون سابقاً عليه ، والأول أولى ، لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عليه ، كما لو وكله في إعتاق نصيبه مع نصيبه فأعتقهما معاً .

وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر ، فقال أصحابنا : إذا أعتق نصيبه سرى وعتق كله عليه

وقوم عليه ، ولا يقع إعتاق شريكه ، لأن السراية سبقت ففتمت عتق الشريك ، ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً ، لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك ، فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحد . وقد يرجح وقوع عتق الشريك ، لأنه تصرف منه في ملكه ، والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل ، فكان نفوذ عتق الشريك أولى ، ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إنفاقاً لملك المصوم بغير رضاه ، وإلزاماً للعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تشكيل العتق ، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى .

وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل إعتاقك نصيبك ، وقعا معاً إذا أعتق نصيبه ، وهذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى ، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على العتق ولا يقع إعتاق شريكه لأنه أعتق في زمن ماض . ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح إعتاقه ، لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته ، فيمتنع إعتاق نصيب هذا ، ويمتنع عتق نصيب الشريك وينفى إلى الدور فيمتنع الجميع ، وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق ، والله تعالى أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦١٤

قال : ﴿ وإن أعتقه الأول وهو ممسر ، وأعتقه الثانى وهو موسر ، عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولاته للعتق الأول ، وثلثاه للعتق الثانى ﴾ .

ظاهر المذهب أن للمسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه ، بل يبقى على الرق ، فإذا أعتق الثانى نصيبه وهو موسر ، عتق عليه جميع ما بقى منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية ، وصار له ثلثا ولاته ، وللأول ثلثه ، وهذا قول إسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير ، وهو قول مالك والشافعى على الوجه الذى بيناه من قولهما فيما مضى .

وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه وكان عروة يشاشره شهر عبد وشهر حر .

وروى عن أحمد أن للمسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقي حتى يؤديها فيعتق ، وهو قول ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه أبو داود .

وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة : فإذا استسعى في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو الجأء إلى هذا وكلفه إياه ، وعن أبى يوسف ومحمد أنها قالوا : يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته ، لأن العتق لا يتبع بعض ، فإذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق ، ويلزم للعتق

القيمة ، لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أنلفه بقتله . وقال أبو حنيفة : لا يسرى العتق وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقي ، فيتخير شريكه بين إعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما ، وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه ، فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما .

ولنا : حديث ابن عمر ، وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ، ولأن الاستسعاء إعتاق بموضع فلم يجبر عليه كالكتابة ، ولأن في الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد . أما الشريك فإذا نجليه على سعاية له لا يحصل منها شيء أصلاً ، وإن حصل فربما يكون يسيراً متفرقاً وبفوت عليه ملكه ، وأما العبد : فإذا نجره على سعاية لم يردّها وكسب لم يختره ، وهذا ضرر في حقهما ، وقد قل النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

قال سليمان بن حرب : أليس إنما ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ، فإذا أسره بالسعي وإعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأى ضرر أعظم من هذا ؟

فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم : ذكره سليمان بن حرب فظمن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله : ليس في الاستسعاء<sup>(١)</sup> ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروبة<sup>(٢)</sup> ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكرهما ، وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية . قال أبو داود : وهما أيضاً لا يقوله . قال المروزي : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد . وقال ابن المنذر : لا يصح حديث الاستسعاء ، وذكر هام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة ، وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول قتادة . قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى . قال ابن عبد البر : حديث أبي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة ، فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث إذا خالفهم غيرهم . فأما قول أبي حنيفة ، وقول صاحبيه الأخير : فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوى ولا ضعيف ، بل هو مجرد رأى وتمسك بخالف الحديثين جميعاً .

( ١ ) هكذا في اللفظ طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٥٠ وطبعة الفقي ج ٩ ص ٣٤٢ وفي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٥٦ لكنه في تهذيب سنن أبي داود لابن قيم ج ٥ ص ٣٩٦ « قال الإمام أحمد : ليس في الاستسعاء [ حديث ] » ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم « وبذكر (حديث) يتضح المراد . (ف)

( ٢ ) هكذا في اللفظ طبعة رشيد واللفظ لكنه في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٥٦ وتهذيب ابن قيم ( ابن أبي عروبة ) وهو الصواب قوله ( ابن أبي عروبة ) تحريف — والمراد ( سعيد بن أبي عروبة ) كما في سنن أبي داود ج ٢ ص ٣٤٩ . (ف)

قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحدث ابن عمر ، ولا حديث أبي هريرة على وجهه ، وكل قول يخالف السنة فردود على قائله ، والله المستعان .

## ( فصل )

٨٦١٥

إذا قلنا بالسماية احتمل ألا يعتق كله ، وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيدة بقية السماية وباقى ماله موروث ، ولا يرجع العبد على أحد ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السماية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله ، مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسماية ، لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب . وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق إذا أيسر ، لأنه كلفه السماية بإعتاقه .

ولنا : أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ، ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في الموضع كسائر الحقوق الواجبة عليه .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦١٦

قال : ( ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق ، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الأول والمعتق الثاني بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما ) .

إنما كان كذلك لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه ، والأول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث ، فإذا خالف العبد مالا فثالثه للذي لم يعتق ، لأنه مالك لثلثه وثلثاه ميراث ، لأنه مملوكهما بجزئه الحر ، فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه ، لأنه أحق من المعتق ، وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء ، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين ، وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهبه ، فأما إن قاسمه أو هباه فلا حق له في تركته لأنها حصلت بالجزء الحر ، فتكون جميعها ميراثاً لورثته دون مالك ثلثه إذا لا حق له في الجزء الحر ، فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ماله به .

## ( فصل )

٨٦١٧

ومن قال بالسماية ، فإنه يستسعى حين أعتقه الأول ، فإذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته ، هل حصلت بإعتاق الأول أولاً ؟ فن جملة حراً لم يصح عتق الثاني ، لأنه عتق بإعتاق الأول ، ومن لم يجمله حراً صحح عتق الثاني ، لأنه أعتق جزءاً مملوكاً له من عبد ، وإذا مات قبل أداء سمايته فقد مات وثلثه رقيق ، فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر :

٨٦١٨

( فصل )

وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه ، فإن نفقته في حياته وفطرته وإكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق ، وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في إمامه له وعليه ، وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه ، فأما الإكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضى أنها تدخل في المهايأة لأنها من إكسابه فأشبهت المعتادة . وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر أنها لا تدخل في المهايأة وتسكون بينهما على كل حال ، لأن المهايأة معاوضة فسكانه تماوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه ، فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يظلم على الظن وجوده ، فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئاً ، لأنه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ، ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

٨٦١٩

( فصل )

ومن أعتق عبده وهو صحيح جازئ التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم ، وإن أعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، وروى ذلك عن عمر وابنه رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعي والثوري والشافعي . قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا : يعتق كله إذا أعتق نصفه . وقال طاووس يعتق في عتقه ويرق في رقه . وقال حماد وأبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه . وخالف أبو حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية . وروى عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات ، فقال : أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأنه تصرف في بعضه ، فلم يسر إلى باقيه كالبيع . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركاً له في عبد فساكن معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد<sup>(١)</sup> » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله<sup>(٢)</sup> » ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الأدنى فزال عن جميعه كالطلاق ، ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه وثلثه ، أو صغيراً كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً . وإن أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق . وقال أصحاب الرأي : إن أعتق رأسه

أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله ، لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق ، لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق بإعتاقه كشعره أو سنه .  
ولنا : أنه أعتق عضواً من أعضائه فيعتق جميعه كراسه . فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظهره لم يعتق .  
وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده : يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه .  
ولنا : أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والرقب ، وقد ذكر ذلك في الطلاق وما ذكر في الطلاق فالعتاق مثله ، والله أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٢٠

قال : ﴿ وإذا كان العبد بين <sup>(١)</sup> شريكين ، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه ، فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه ، فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً .

أما إذا كان الشريكان معسرين ، فليس في دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ، ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المتق ، لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسرى إلى غيره ، فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه ، فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وقد حصل العبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل ، فإن حلف معهما عتق كله ، وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التي تقول : إن المتق يحصل بشاهد ويمين ، وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء ، لأن المتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر ، فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً .

## ( فصل )

٨٦٢١

ومن قال بالاستسعاء ، فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده ، فيخرج العبد كله ويسعى في قيمته ، لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه .

## ( فصل )

٨٦٢٢

وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه ، عتق عليه ، ولم يسر إلى النصف الذي كان له ، لأن عتقه حصل

( ١ ) في النسخة طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٥٥ وطبعة الفتى ج ٩ ص ٣٤٥ ( إذا كان العبد بين شريكين ) وهو تحريف والصواب ( إذا كان العبد بين شريكين ) ( ف )

إعترافه بحريته بإعتاق شريكه ، ولا يثبت له عليه ولاء ، لأنه لا يدعى إعترافه بل يعترف بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً ، فهو كخلص الأسير من أيدي الكفار .

وقال أبو الخطاب : يسرى لأنه شراء حصل به الإعتاق ، فأشبهه شراء بعض ولده . وإن أ كذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه ، لأنه رجوع عن الإفراق بالحرية فلم يقبل ، كما لو أقر بحرية عبده ثم أ كذب نفسه . وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه ؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ، ويحتمل أن يثبت ، لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواء ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه .

وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لا ولاء عليه لواحد منهما . فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أ كذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه ؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته ، بطل البيعان ، ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه ، لأن أحداً لا ينازعه فيه ، وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ، ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه ، لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما ، وأنه بينهما إما بالعق الأول ، وإما بالثاني ، لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولاً ، وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه ، وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فلا ولاء للصادق منهما ، لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولاً ولا صح عتقه في الذي اشتراه ، لأنه كان حراً قبل شرائه ، والولاء كله للكاذب ، لأنه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه ، وكل واحد منهما يساوى صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما .

### (فصل)

٨٦٢٣

وكل من شهد على سيد عبد بعق عبده ثم اشتراه عتق عليه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشتراه أو أحدهما عتق ، وبهذا قال الأوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر ، وهو قياس قول أبي حنيفة ، ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد ، لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينسك عتقه .

ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعنق عليهما ، أو كانا مصرين مدلين فحالف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعنق العبد ، أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنسكروا فقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها ، لأن أحداً لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق بفكره . فإن عاد من ثبت إعترافه فاعترف به ثبت له



الولاء ، لأنه لا مستحق له سواء وإنما لم يثبت له لإنكاره له ، فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له ، وأما الموسر إن إذا أعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده ، أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر ، فإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما . وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده ، أو أنه السابق بالعتق تحالفا وكان الولاء بينهما نصفين .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٢٤

قال: ﴿ وإن كان الشريكان موسرين فقد صار للعبد حراً باعتراف كل واحد منهما بحريته ، وصار مدهياً على شريكه نصف قيمته ، فإن لم تكن بيينة فيمين كل واحد منهما لشريكه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه ، فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه ، شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر ، لأنه يقول لشريكه : أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ، ولزمك لى قيمة نصيبي ، فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته ، وبقي كل واحد منهما يدعى قيمة حصته على شريكه ، فإن كان لأحدهما بيينة حكم له بها ، وإن لم تكن بيينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئاً . فإن نكل أحدهما قضى عليه ، وإن نكلا جميعاً تساقط حقاها لثماثلهما ، ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاستين ، والمسلمين والكافرين ، لتساوى العدل والفاستق والمسلم والكافر في الاعتراف والدهوى ، بخلاف التى قبلها .

## ( فصل )

٨٦٢٥

وإن كان أحد الشريكين موسراً ، والآخر معسراً ، عتق نصيب المعسر وحده ، لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً بإعتاق شريكه الموسر الذى يسرى عتقه ، ولم يعتق نصيب الموسر ، لأنه يدعى أن المعسر الذى لا يسرى عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ، ولا تقبل شهادة المعسر عليه ، لأنه يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ، لسكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته . فعلى هذا إن لم تكن للعبد بيينة سواء حلف الموسر وبرئ من القيمة والعتق جميعاً ، ولا ولاء للمعسر فى نصيبه ، لأنه لا يدعيه ، ولا للموسر لذلك أيضاً . وإن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له ، وإن أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً ، وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء . وإن كان للعبد بيينة أجنبية تشهد بإعتاق الموسر ، وكانت عدلين ، ثبت العتق ووجب القيمة للمعسر عليه ، وإن كانت رجلاً واحداً حلف للعبد معه ، وبُتبت العتق فى إحدى الروايتين ، والأخرى لا يثبت للعتق ، والمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه ، سواء حلف العبد أو لم يحلف ، لأن الذى يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين .

٨٦٢٦

﴿ فصل ﴾

وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه ، وأنكر الآخر ، وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعى وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه ، وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسرى لأنه لا يعترف أنه المعتق له ، وإنما عتق باعترافه بحريته لاتباعه له ، ولا ولاء له عليه لإنكاره له . قال القاضي وولاؤه موقوف . وإن كان المدعى عدلاً لم تقبل شهادته لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه فيعجز بشهادته نفماً ، ومن شهد بشهادة يجر إليه بها نفماً بطلت شهادته كلها ، وأما إن كان المدعى عليه معسراً ، فآلوه قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء ، وإن كان المدعى عدلاً حلف العبد مع شهادته ، وصار نصفه حراً . وقال حماد : إن كان المشهود عليه موسراً سعى له ، وإن كان معسراً سعى لهما . وقل أبو حنيفة : إن كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما ، وإن كن موسراً فولاؤه نصفه موقوف ، فإن اعترف أنه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال .

٨٦٢٧

﴿ فصل ﴾

إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فنصيبى حر ، وطار ولم يعلما حاله ، فإن كانا موسرين عتق العبد كله ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا ؛ وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما ، لأنه لم يضمن الحنفى فيه . فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه ، لأننا علمنا حرية نصفه ولم يسر إلى النصف الآخر . وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه ، لأن نصفه حر يقيناً لم يملك جميعه .

٨٦٢٨

﴿ مسألة ﴾

قال : ( وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبدان لا يملك غيرهما ، وهما متساويان في القيمة ، فقال أحد الابنين أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما لأدري من منهما ، أفرع بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذى اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه إن لم يجرز الابن عتقه كاملاً وكان الآخر عبداً . وإن وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه ، وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ، ولأخيه نصفه وسدس العبد الذى اعترف أن أباه أعتقه ، فصار ثلث كل واحد من العبدان حراً ) .

هذه المسألة محمولة على أن العتق كن في مرض الموت أو بالوصية ، لأنه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على إجازة الورثة ، فأما إذا اعترف أنه أعتق أحدهما في مرضه ، فلا يخلو من أربعة أحوال :

إما أن يميننا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه ، لأن ذلك ثلث جميع ماله ، إلا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق .  
الثانى : أن يمين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذى عينه أخوه ، فيعتق من كل واحد منهما ثلثه

لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذى عينه وهو ثلثا النصف الذى له وذلك هو الثلث ، ولأنه يعترف بحرية ثلثية فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ، ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذى ينكر عتقه .

والحال الثالث : أن يقول أحدهما : أبى أعتق هذا ، ويقول الآخر : أبى أعتق أحدهما لا أدري من منهما - وهى مسألة الكتاب - فتقوم القرعة مقام تعيين الذى لم يعين ، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عتق منه ثلثاه كآلو عيناه بقولها ، وإن وقعت على الآخر كان كآلو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه ، فيصير ثلث كل واحد من العبدين حراً .

الحال الرابع : أن يقولوا : أعتق أحدهما ولا ندري من منهما ، فإنه يقرع بين العبدين ، فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ، إن لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً .

## (فصل)

٨٦٢٩

فإن رجع الإبن الذى جهل عين المعتق فنال : قد عرفته قبل القرعة ، فهو كآلو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه ، فإن عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه ، وإن عين الآخر عتق منه ثلثه ، وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة ؟ على وجهين .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٣٠

قال : ﴿ وإذا كان لرجل نصف عبد ، وآخر ثلثه ، وآخر سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران ، عتق عليهما ، وضمننا حق شريكها فيه نصفين ، وكان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لصاحب النصف ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا كان مشتركاً بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون ، صرى عتقهم إلى باقى العبد ، ويكون الضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون فى ضمانه وولائه ، وبهذا قال الشافعى ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم ، وهو قول مالك فى إحدى الروايتين عنه ، لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما ، وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالفقة واستحقاق الشفعة .

ولنا : أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقي ، وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان ، كما لو جرح أحدهما جرحاً والآخر جرحين فمات منهما ، أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة فى مائع ، وألقى الآخر جزءين . ويفارق الشفعة فإنها تثبت لإزالة الضرر من نصيب الذى لم يبيع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ،

ولأن الضمان هاهنا لدفع الضرر منهما ، وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما ، والضرر منهما يستويان في إدخاله على الشريك ، وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا .

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين ، فنصف الثلث سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين ، وإذا ضمنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً ، وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أربعاً ، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، ولصاحب السدس ربه والضمان بينهما كذلك .

فأما قوله : فأعتقه معاً ، فلا أنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعها في المعتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر ، بأن يتلفا به معاً ، أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معاً ، أو يوكل كلا وكيلاً فيعتقهما ، أو يملقنا عتقه على شرط فيوجد ، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكه جميعاً ، وكان الضمان عليه والولاء له كله . وقوله : وهما مومران ، شرط آخر ، فإن مراية المعتق يشترط لها اليسار ، فإن كان أحدهما مومراً وحده قوّم عليه جميع نصيب من لم يعتق ، لأن الممسر لا يسرى عتقه فيسكون الضمان على المومر خاصة ، فإن كان أحدهما يحد بعض ما يخصه قوّم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر ، مثل أن يحد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوّم عليه ، ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أربعاً ، لصاحب السدس ربه وباقيه لمعتق النصف ، لأنه لو كان أحدهما مومراً قوّم الجميع على الآخر ، فإذا كان مومراً ببعضه قوّم الباقي على صاحب النصف لأنه مومر .

### ﴿مسألة﴾

٨٦٣١

قال : ﴿ وإذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها أحدهما وأحبها أذب ، ولم يبلغ به الحد ، وضمن نصف قيمتها لشريكه ، وصارت أم ولده ، وولده حر وإن كان معسراً كان في ذمته نصف مهر مثلها ، وإن لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها ، وهي على مملكتها ﴾ .

لأنهم خلافًا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة ، لأن الوطء بصادف ملك غيره من غير نسكاح ، ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نسكاح ، بدليل قوله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ يَلْعَنُونَ أَتَقُولُونَ لَا تَنْكِحُوا أَوْلَادَكُمْ أَوِ امْتَسِكُوا - فَبِئْسَ الْفِتْنَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ - فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمَادُونُ <sup>(١)</sup>) ) وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً ، لأن له فيها مملكا فكان ذلك شبهة دائرة للحد ، وأوجب أبو ثور ، لأنه وطء محرم لأجل كونه في ملك غيره ، فأشبهه ماله لم يكن له فيها ملك .

ولنا : أنه وطء صادف مملكة ، فلم يوجب به حد كوطء زوجته الخائض ، ويفارق ما لا ملك له فيها ،

فإنه لا شبهة له فيها ، ولهذا لو سرق عيناً له نصفها لم يقطع ، ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا خلاف في أنه يميز لما ذكرناه في حجة أبي ثور .

ثم لا يخلو من حالين :

إما أن لا تحمل منه فهي باقية على ملكهما ، وعليه نصف مهر مشاء ، لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل ، كالمهر وطئها بظنهما امرأته ، وسواء كانت مطاوعة أو مكرهة لما ذكرنا ، ولأن وطء جارية غيره يوجب المهر وإن طأعت ، لأن المهر لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كالمهر أدبت<sup>(١)</sup> في قطع عضو من أعضائها ، ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها .

الحال الثاني : أن يجباها وتضع ما يقبض فيه بعض خاق الإنسان ، فإنها تصير بذلك أم ولد للواطئ ، كالمهر كانت خالصة له ، وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالإعتاق ، وسواء كان الواطئ موسراً أو معسراً ، لأن الإبلاد أقوى من الإعتاق ، ويلزمه نصف قيمتها ، لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمه قيمته كالمهر أخرجته بالإعتاق أو الإنلاف ، فإن كان موسراً أداه ، وإن كان معسراً فهو في ذمته كالمهر أدته ، والولد حر باحق نسبه بولده لأنه من وطء في محل له فيه ملك ، فأشبه ما لو وطئ زوجته .

وقال القاضي : الصحيح عندي أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه إذا كان معسراً بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قناً باقياً في ملك الشريك ، لأن الإحبال كالعتق ، ويجرى مجراه في التقويم والسرابة ، فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق ، وهذا قول أبي الخطاب أيضاً ومذهب الشافعي .

فعلى هذا إذا ولدت احتمل أن يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد ، واحتمل أن يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأن نصف أمه أم ولد ونصفها قن لمير الواطئ ، فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً ، كولد المعتق بعضها ، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن .

ووجه قول الخرقى : أن بعضها أم ولد ، فكان جميعها أم ولد ، كالمهر كان الواطئ موسراً ويفارق الإعتاق ، فإن الاستيلاء أقوى ، ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون ، والإعتاق بخلافه .

(فصل)

٨٦٣٢

قال أبو الخطاب : وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على وجهين :

(١) في طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٦٦ وطبعة الفتي ج ٩ ص ٣٥٣ ( كالمهر أدبت في قطع عضو من أعضائها ) والصواب ( كالمهر أدبت ) أي كما يستحق سيدها الدية لو قطع عضو من أعضائها . ( ف )

أحدهما : لا يلزمه ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه لم يذكرها ، لأن الأمة صارت مملوكة له ، فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ، ولأن الولد خلق حراً فلم يقوّم عليه ولده الحر .

والوجه الثانى : يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها ، لأن الوطاء صادف ملك غيره ، وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر ، فيكون الوطاء سبب الملك ، ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه ، فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه ، فيكون فى ملك غيره فيوجب مهر المثل ، وفعله ذلك منع انحلاق الولد على ملك الشريك ، فيجب عليه نصف قيمته كولد المهرور . وقد القاضى : إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطئ ، لأنها وضعت فى ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ، ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها ، وإن وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ، ذكرهما أبو بكر واختار أنه تلزمه قيمته .

### ( فصل )

٨٦٣٣

ولا فرق بين أن يكون له فى الأمة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرقى فيما إذا وطئ جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها ، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من كثير من ألف سهم .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٣٤

قال ﴿ وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر ، عتق عليه كله ، وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه ، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا مقدار ما ملك ، وإن ملك بمضه بالميراث لم يعتق منه إلا مقدار ما ملك ، موسراً كان أو معسراً ﴾ .

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذارحم محرم فهو حر ، لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ملك ذارحم محرم فهو حر » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى .

وروى ضمرة<sup>(١)</sup> عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم « من ملك ذارحم محرم فهو حر » .

وسئل أحمد عن ضمرة فقال : ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل . أحدهما : هذا الحديث . وروى عن إبراهيم عن الأسود عن عمر أنه قل « من ملك ذارحم محرم فهو حر » وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم .

فأما إن ملك سهماً ممن يعتق عليه ، مثل أن يملك سهماً من ولده فإنه يعتق عليه مثل ما ملك منه ،

( ١ ) حديث ضمرة أخرجه ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٧ ( ف ) .

سواء ملكه منه بموض أو بغير عوض كالهبة والاعتنام والوصية ، وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث ، لأن كل ما يعتق به الشكل يعتق به البعض كالإعتاق بالقول . ثم ينظر ، فإن كن ميسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي ، لأنه لو أعتقه بقوله أم يسر إعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده إياه ، فهناك أولى ، وإن كن ميسراً وكان الملك باختياره كملك بغير الميراث سرى إلى باقيه ، فعن جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه ، لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف . وقال قوم : لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره ، لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه ، فلم يسر ك لو ملكه بالميراث ، وفارق ما أعتقه لأنه فعله باختياره قاصداً إياه .

ولنا : أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان ، كالميراث وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث ، فإنه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كن جرح إنساناً فسرى جرحه ، ولأن مباشرة لما يسرى وتسببه إليه في لزوم حكم السراية واحد ، بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع ، فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقي ، سواء كان ميسراً أو ميسراً ، لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه ، وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف . وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان ميسراً ، لأنه أعتق عليه بمضه وهو ميسر فسرى إلى باقيه ، كالميراث وصلى له به فقبله ؛ والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي . وفارق ما تسبب إليه .

## ( فصل )

٨٦٣٥

وإن ورث الصبي والمجنون جـزماً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه ، لأنه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى ، وإن وهب لها أو وصى لها به وهما ميسران فعلى وإيهما قبوله ، لأنه نفع لها بإعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق بهما ، وإن كانا ميسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بمضه ؟ وفيه وجهان :

أحدهما : لا يقوم ولا يسرى العتق إليه ، لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره ، فأشبهه ما لو ورثه .

والثاني : يقوم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله ، فأشبهه الوكيل ، فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته . وإذا قلنا : ليس له أن يقبله فقبله احتمال أن لا يصح القبول ، لأنه فعل مالم يأذن الشرع فيه ، أشبه ما لو باع ماله بدين ، واحتمل أن يصح وتكون الفرامة عليه ، لأنه ألزمه هذه الفرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه .

٨٦٣٦

(فصل)

وإذا باع عبداً لذى رحمه وأجنبي صفقة واحدة ، عتق كله إذا كان ذو الرحم موسراً<sup>(١)</sup> ، وضمن لشريكه قيمة حقه منه . وقال القاضى : لا يضمن لشريكه شيئاً ، لأن ماله لم يتم إلا بقبول شريكه ، فصار كأنه أذن له فى إعتاق نصيبه .

ولنا : أنه عتق عليه نصيبه بماله باختياره ، فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره ، كالو انفراد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه .

٨٦٣٧

(فصل)

وإذا كانت أمة مزوجة ، ولها ابن موسر ، فاشتراها هو وزوجها وهى حامل منه ، صفقة واحدة ، عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه ، وعتق الحمل عليهما معاً ، لأنه ابن الزوج وأخ الابن ، ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء منه ، لأنه عتق عليهما فى حال واحدة ، ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لها أو وصى لها بها فقبلاها فى حالة واحدة فكذلك ، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا . فإن قبل الابن أولاً عتقت عليه الأم وحملها حصته من الأم بملك ، وتبعتها حصته من الحمل ، وسرى العتق إلى الباقي من الأم والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج ، وإن قبل الزوج أولاً عتق عليه الحمل كله ، نصيبه بملك وباقيه بالسراية وقوم عليه ، ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان ، ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال فى الوصية إن ذلك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كالو قبلها دفعة واحدة .

٨٦٣٨

(فصل)

وإذا كان لرجل نصف عيدين متساوين فى القيمة لا يملك غيرها ، فأعتق أحدهما فى صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه ، لأنه موسر بالنصف الذى له من العبد الآخر ، فإن أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق ، لأن وجوب القيمة فى ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لأنه معسر ، وإن أعتق الأول فى مرض موته لم يسر ، لأنه إنما ينفذ عتقه فى ثلث ماله ، وثلث ماله هو الثلث من العبد الذى أعتق نصفه ، فإذا أعتق الثانى وقف على إجازة الورثة ، وإن أعتق الأول فى صحته وأعتق الثانى فى مرضه لم ينفذ عتق الثانى ، لأن عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة .

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٧٠ والنقى ٩ / ٣٥٦ (معسراً) والصواب (موسراً) كما فى الشرح الكبير ١٢ / ٢٤٥ (ف)



٨٦٣٩

(فصل)

إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركا له في عبد ، فمضى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة ، غرما قيمة العبد جميعه .  
وقال بعض أصحاب الشافعي : تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه ، لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه ، فلم تلزمهما غرامة ماسواه .  
ولنا : أنهما فوتتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه ، فلزمهما ضمانه ، كما لو فوتتا بفعلهما ، وكما لو شهدا عليه بجرح ثم مضى الجرح ومات الجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما .

٨٦٤٠

(فصل)

وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله ، فحكم حاكم بشهادتهما وعتق العبد ، ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ، ثم رجع الأولان عن الشهادة ، نظرنا في تاريخ شهادتهما ، فإن كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهما ولم يفرما شيئا ، ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني وإعتاقه ، لأنهما منعنا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها ، وإن صدقوا في رجوعهما كذبوا في شهادتهما عتق الثاني ، ورجعوا عليهما بقيمة الأول ، لأنهما فوتتا رقه عليهما بشهادتهما المرجوع عنها ، وإن كان تاريخها متأخرا عن الشهادة الأخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه ، لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ، ولم يفرم الشاهدان شيئا ، لأنهما ما فوتتا شيئا .  
وإن كانتا مطمئتين أو إحداهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما ، فإن خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الأول ولا شيء على الشاهدين ، لأن الأول باق على الرق ، وإن خرجت قرعة الأول عتق ونظرنا في الورثة ، فإن كذبوا الشاهدين الأولين في شهادتهما عتق الثاني ، ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول ، لأنهما فوتتا رقه بغير حق ، فإن كذبوا في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء ، لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه .

٨٦٤١

(مسألة)

قال ﴿ وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته ، أو دبرهم ، أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ، ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوى قيمتهم ، أقرع بينهم بحرية وسهمى رق ، فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه ﴾ .

وجملة ذلك : أن العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم ، ولأنه تبرع بمال أشبه الهبة ، فإن أعتق أكثر من الثلث لم يحز إلا الثلث . فإن أعتق عبداً في مرضه واحداً بعد واحد بديء بالأول

فالأول حتى يستوفي الثلث . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة . ومسألة الخرق فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سوام .

وأما إن دبرهم استوى للقدم وللؤخر منهم ، لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت ، والشرط إذا وجد ثبت للشروط به في وقت واحد ، وكذلك الوصي بعتقه يستوى هو والتدبير ، لأن الجميع عتق بمد الموت ، فعتق ثلاثة أعبد متساويين في القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة ، أو دبرهم ، أو وصي بعتقه ، أو دبر بعضهم ووصي بعتق باقيهم ، ولم يجز الورثة أكثر من الثلث ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحبه ، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير .

قال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ويستسمى في باقيه . وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشامي والنخعي وقادة وحاد ، لأنهم تساوا في سبب الاستحقاق فيساوون في الاستحقاق ، كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله ، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل . وأنكر أصحاب أبي حنيفة الفرعة وقالوا : هي من القمار وحكم الجاهلية ، ولعلهم يردون الظاهر الوارد في هذه المسألة لخلق لقته قياس الأصول . وذكر الحديث لحاد فقال : هذا قول الشيخ — يعني إبليس — فقال له محمد بن ذكوان : وضع القلم من ثلاثة ، أحدهم المجنون حتى يفيق — يعني أنه مجنون<sup>(١)</sup> — فقال له حاد : مادعاك إلى هذا ؟ فقال محمد : وأنت فما دعاك إلى هذا ؟ وهذا قليل في جواب حاد ، وكان حرباً أن يستتاب عن هذا ، فإن تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا : ما روى عمران بن الحصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة أجزاء ، فأعتق اثنين وأرق أربعة . وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الأمرين المختلف فيهما ، وهما جمع الحرية واستعمال القرعة ، وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم<sup>(٢)</sup> وأبو داود وسائر أصحاب السنن . ورواه عن عمران بن الحصين<sup>(٣)</sup> وابن سيرين<sup>(٤)</sup> وأبو المهب<sup>(٥)</sup>

(١) في الشرح الكبير ١٢ / ٢٩٦ ( إنك مجنون ) بكاف الخطاب (ف)

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان والندور ج ٣ ص ١٢٨٨ وأبو داود في العتق ج ٢ ص ٣٥٣ والترمذي

في الأحكام ج ١ ص ٢٥٥ والنسائي في الجنائز باب الصلاة على من يميت في وصيته ج ٢ ص ٦٤ وابن ماجه في

الأحكام ج ٢ ص ٥٩ (ف) . (٣) أخرجه النسائي (ف) . (٤) أخرجه أبو داود (ف) .

(٥) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه . واسم أبي للمهب عبد الرحمن بن عمرو الجرمي وقيل :

معاوية بن عمرو (ف) .

ثلاثة أئمة . ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الخذاء عن أبي قلابة<sup>(١)</sup> عن أبي زيد الأنصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم .

قال أحمد : أبو زيد الأنصاري رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، وروى نحوه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه حق في تفرقه ضرر ، فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجماع إذا طلبها أحد الشريكين . ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها ، فطلب أحدهما القسمة ، فإنه يجعل كل بيت سهماً وقرع بينهم بثلاثة أسهم ، لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان .

وقولهم : إن الخبر يخالف قياس الأصول يمنع ذلك ، بل هو موافق له لما ذكرناه ، وقياسهم فاسد ، لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه ، والوصية لا ضرر في تفرقها بخلاف مسائلنا .

وإن سلمنا مخالفتها قياس الأصول فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم واجب الاتباع ، سواء وافق القياس أو خالفه ، لأنه قول للمعصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين ، وأمرنا باتباعه وطاعته ، وحذر العقاب في مخالفة أمره ، وجعل الفوز في طاعته ، والضلال في معصيته .

وتطرق الخطأ إلى القائل في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة ، فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ، ونقضوا الوضوء بالمهقمة في الصلاة دون خارجها .

وقولهم في مسائلنا في مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم ، والضرر في مذهبهم أعظم ، وذلك لأن الإجماع منقطع على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثله . وفي مسائلنا بمقتضى الثلث ويستسمون العبد في الثلثين ، فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلاً ، ويحلولهم على السعاية ، وربما لا يحصل منها شيء أصلاً ، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان ، فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد ، لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم ، وربما كان الجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البقاء ، أو عبداً يسرق أو يقطع للطريق ، وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال : « لو شهدته لم<sup>(٢)</sup> يدفن في مقابر المسلمين » .

( ١ ) وأبو قلابة اسمه عبد الله بن زيد الجرمي ، وحديثه هذا رواه أيضاً أبو داود ( ف ) .

( ٢ ) أخرجه أبو داود ونظيره « لو شهدته قبل أن يدفن في مقابر المسلمين » ( ف ) .

قال ابن عبد البر : في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة ، وأشار إلى ما ذكرناه .

وأما إنكارهم للقرعة ، فقد جاءت في الكتاب والسنة والإجماع .

قال تعالى : ( وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَفْلَامَهُمْ <sup>(١)</sup> أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ) <sup>(٢)</sup> وقال تعالى : ( فَسَاهُمْ <sup>(٣)</sup> فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ) <sup>(٤)</sup>

وأما السنة : فقال أحمد في القرعة خمس سنن : أفرع <sup>(٥)</sup> بين نسائه ، وأفرع <sup>(٦)</sup> في ستة مملوكين ، وقال لرجلين « استهما » <sup>(٧)</sup> وقال « مثل القائم على حدود <sup>(٨)</sup> الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة » وقال « لو يعلم الناس <sup>(٩)</sup> ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه » .

( ١ ) قال ابن عباس : وذلك أن أم مريم ألتها في ثوب ووضعتها في بيت للقدس عند الأحبار فأراد كل منهم أن يقوم بكفالتها لأنها بنت إمامهم عمران وأخيراً اتفقوا على القرعة فمن خرجت له أخذها ، فأحضروا أفلامهم التي كانوا يكتبون بها التوراة تبركاً بها ووضعوها في جراب وأمروا غلاماً بسحب قلم منها يكون صاحبه هو الذي يسكفلها فخرج قلم ذكرها . ( ف )

( ٢ ) سورة آل عمران آية ٤٤

( ٣ ) ساهم : عمل قرعة مع أهل السفينة بالسهم — المدحضين : يقال : دحضت رجلاً : زلقت ، أدحضته غيره إذا أزلقته . ولراد هنا من للزحزين عن مكان السلامة وهو السفينة إلى الوقوع في الماء لخروجه بالقرعة . ( ف )

( ٤ ) سورة الصافات آية ١٤١

( ٥ ) عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يخرج سافراً أفرع بين أزواجه فأبتهن خرج سهمها خرج بها معه . أخرجه الشيخان ( ف ) .

( ٦ ) مر حديثهم قريباً وقد خرجناه ( ف ) .

( ٧ ) عن أبي هريرة « أن رجلين اختصما في مناع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما يئنة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : استهما على اليمين . . » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٩ ( ف )

( ٨ ) « مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة في البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقال الذين في أعلاها لا ندعكم تصعدون فتؤذنا فقالوا : لو أنا أصبنا في نصيبنا خرقاً ولم تؤذنا من فوقنا فإن يترككم وما أرادوا هلكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً » أخرجه أحمد والترمذي والبخاري عن النعمان بن بشير ( ف )

( ٩ ) « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا » أخرجه مالك وأحمد والبخاري ومسلم والنسائي عن أبي هريرة . ( ف )

وفي حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليسكن فيها حمزة رضى الله عنه فوجدنا إلى جنبه قتيلا ، فقلنا : لحزة ثوب وللأنصاري ثوب، فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر ، فأقرعنا عليهما ثم كففنا كل واحد<sup>(١)</sup> في الثوب الذى طار له .

وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان ، فأقرع بينهم سعد . وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ، ولا أعلم بينهم خلافاً في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحدهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينهما وبين الأولياء إذا تساوا وتشاحوا فيمن يقول الزوج ، أو من يقول استيفاء القصاص وأشبه هذا .

### ( فصل في كيفية القرعة )

٨٦٤٢

قال أحمد : قال سعيد بن جبير : يقرع بينهم بالخواتيم ، أقرع بين اثنين في ثوب ، فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال : يخرجون بالخواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج منها واحداً . قال أحمد : بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به ، سواء كان رقاعاً أو خواتيم .  
قال أصحابنا المتأخرون : الأولى أن يقطع رقاعاً صغاراً متساوية<sup>(٢)</sup> ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو أو يطفى عليها بثوب ثم يقال له : أدخل يدك فأخرج بدقة فينفضها ويعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعي .  
وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل :

أحدها : أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحیح كثلاثة أو ستة أو تسعة ، وقيمهم متساوية ، ولا مال له غيرهم ، فيخرجون ثلاثة أجزاء ، جزءاً للحرية ، وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع ، في واحدة حرية ، وفي اثنين رقب يترك<sup>(٣)</sup> في ثلاثة بنادق ، وتطفى بثوب ويقال لرجل لم يحضر : أخرج على أسم هذا الجزء ، فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق

(١) في مجمع الزوائد ج ٣ ص ٢٤ « عن ابن عباس قال : قتل حمزة يوم أحد وقتل معه رجل من الأنصار فجمعت صفية بنت عبد المطلب بثوبين لتسكن فيهما حمزة فلم يكن للأنصاري كفن ، فأقسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الثوبين ثم كفن كل واحد منهما في ثوب » رواه الطبراني في الأوسط وفيه عثمان الجزري الشاهد لم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات . ١ هـ (ف)

(٢) هنا في نسخ اللغني سقط قبل قوله ( ثم تلقى ) وتسامه في التمرح الكبير ج ١٢ ص ٢٩٩ « ثم نجعل في بنادق شمع أو غيره متساوية القدر والوزن » (ف) .

(٣) في نسخ اللغني [ يترك والصواب كما في التمرح الكبير ج ١٢ ص ٢٩٩ (وتترك) (ف)

الجزءان الآخران وإن خرجت قرعة رق ، رق وأخرجت أخرى على جزء آخر، فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق  
الجزء الثالث ، وإن خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لأن الحرية تعينت فيهم . وإن شئت كقبت  
اسم كل جزء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية ، فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق  
الباقون ، وإن خرجت رقعة على الرق ، رق المسمون فيها ، ثم تخرج أخرى على الرق ، فيرق المسمون  
فيها ويمتق الجزء الثالث ، وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث .

للمسألة الثانية : أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة ، كسعة قيمة اثنين منهم  
ثلاثة آلاف ، وقيمة اثنين ألفان ، وقيمة اثنين ألف<sup>(١)</sup> ، فيجعل الإثنين الأوسطين جزءاً ، ويحمل اثنين قيمة  
أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزء ، والآخران جزءاً ، فيكونون ثلاثة أجزاء متساوية في العدد  
والقيمة على ما قدمناه في المسألة الأولى ، قيل لأحمد : لم يسقوا في القيمة ؟ قال : يقوّمون بالنن .

المسألة الثالثة : يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ، ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد  
والقيمة معاً ، ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً ، كسعة أعبد قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين  
ألف ، وقيمة ثلاثة ألف ، فإنهم يعدلون بالقيمة دون العدد ، نص عليه أحمد . وقال : إذا كانت قيمة واحد  
مثل اثنين قوّم ، لأنه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل ، وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة  
وتبعض المتق حتى يكمل الثلث ، فكان التعديل بالقيمة أولى .

بيان ذلك أننا لو جعلنا الذي قيمته ألف آخر<sup>(٢)</sup> فخرجت قرعة الحرية لما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما ،  
فإذا خرجت على القابل القيمة عتق وأعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث .

وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث ، عتقاً ، ثم أعيدت لتكامل الثلث ، فإذا وقعت  
على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعض والتكرار ، ولأن قسمتهم بين المشتريين فيهم  
إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء . فعلى هذا يجعل الذي قيمته ألف جزءاً ، والإثنين الذين قيمتهما<sup>(٣)</sup>  
ألف جزءاً ، والثلاثة الباقين جزءاً ، ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

المسألة الرابعة<sup>(٤)</sup> : أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كسبعة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف وقيمة  
أربعة ألف ، فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا .

(١) قوله ( وقيمة اثنين ألف ) كررت ( ألف ) في طبعة رشيد ٢٧٨/١٢ والفق ٣٦٢/٩ والصواب ( ألف )  
دون تكرار كما في الشرح الكبير ٣٠٠/١٢ ونصه ( وقيمة اثنين ألف ) .

(٢) في طبعة رشيد ٢٧٨/١٢ ، ٢٧٩ والفق ٣٦٣/٩ ( لو جعلنا الذي قيمته ألف آخر ) والصواب ( لو جعلنا  
[ مع ] الذي قيمته ألف آخر ) كما في الشرح الكبير ٣٠٠/١٢ ( ف )

(٣) في طبعة رشيد ٢٧٩/١٢ والفق ٣٦٣/٩ ( قيمتهما ) والصواب ( قيمتهما ) كما في الشرح الكبير ٣٠١/١٢

(٤) سقطت المسألة الرابعة من الشرح الكبير ٣٠١/١٢

للمسألة الخامسة : أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، كسنة أعبد ، قيمة اثنين ألف ، وقيمة اثنين سبعمائة ، وقيمة اثنين خمسمائة ، فهاهنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة ، فيجعل كل اثنين جزءاً ، ويضم كل واحد من قيمتهما قليلة إلى واحد من قيمتهما كثيرة ، ويجعل المتوسطين جزءاً ويقرع بينهم ، فإن وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر ثلثة الثلث ورق باقيه والباقون ، وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقاً جميعاً ثم يكمل الثالث من الباقيين بالقرعة .

للمسألة السادسة : لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة ، كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف ، واثنان ألف ، واثنان ثلاثة آلاف ، احتمل أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فيجعل أحدهم<sup>(١)</sup> أكثرهم قيمة جزءاً ، ويضم<sup>(٢)</sup> إلى الثاني كثير القيمة أقل الباقيين قيمة ويجعلهما جزءاً ، ويقرع<sup>(٣)</sup> بينهم بسهم حرية وسهمى<sup>(٤)</sup> رق ، لأن هذا أقرب إلى ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم . واحتمل أن لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث ، فيكتب خمس رقايع بأسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية ، فنخرج اسمه فيها عتق ، ثم يخرج الثانية فنخرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث .

وإن كانوا ثمانية قيمتهم سواء فقيمهم ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكتب ثمانية رقايع بأسمائهم ، ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث .

والثاني : أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ، فنخرج له سهم الحرية عتق ، ثم يقرع بين السعة بسهم حرية وسهمى رق فنخرج له سهم الحرية أعيدت بينهما ، فنخرج له سهم الحرية كل الثالث منه .

والثالث : أن يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة ، وثلاثة ، واثنان ، ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فإن خرج سهم الحرية للاثنين عتقاً وكل الثلث بالقرعة من الباقيين ، وإن خرجت لثلاثة ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق . ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب . وروى عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين إن كانا قيمته ، وإلا أقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ، ثم يقرع بين الذى بقى والذى تصيبه القرعة بنظر ما بقى من قيمته من الثلث فيعتق حصته ، فإن كان جميع ماله عبيدين أفرعنا بينهما بسهم حرية وسهمى رق على كل حال .

(١) فى الشرح الكبير ( فيجعل أكثرهم قيمة جزءاً ) أنظر ٣٠٢/١٢ . (ف)

(٢) فى الشرح الكبير نفس الصفحة السابقة ( ويضم إلى الثانى أقل الباقيين قيمة ) (ف)

(٣) زاد الشرح الكبير قبل قوله ( ويقرع ) زاد ( والباقيين جزءاً ) وهو الصواب . (ف)

(٤) فى الشرح الكبير ٣٠٢/١٢ ( بسهمى حرية وسهمى رق ) وهو خطأ . (ف)

٨٦٤٣

(فصل)

وإن كان للمعتق مال غير العبد مثلاً قيمة العبيد أو أكثر ، عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثالث ، وإن كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله ، فإذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم ، وإن كانا ثلثي المال عتق نصفهم ، وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أنساعهم ، وطريقه أن تضرب قيمة العبد في ثلاثة ثم تنسب إليه مبلغ التركة ، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها . فإذا كان قيمة العبد ألفاً وباقى التركة ألف<sup>(١)</sup> ضربت قيمة العبد في ثلاثة تسكن ثلاثة آلاف ثم تنسب إليها الألفين تسكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم . وإن كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تسكن تسعة آلاف وتنسب إليها التركة كلها تسكن أربعة أنساعها ، وإن كان قيمتهم أربعة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تسكن اثني عشر ألفاً ونسبت إليها خمسة آلاف تسكن ربعا وسدسها ، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

٨٦٤٤

(فصل)

وإن كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء ، وإن كان يحيط ببعضها قدم الدين ، لأن العتق وصية ، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الدين قبل الوصية ، ولأن قضاء الدين واجب وهذا تبرع ، وتقديم الواجب متمين . وإن كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رقتان : رقعة للدين ورقعة للتركة ، وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين ، فن خرجت عليه رقعة الدين يبيع فيه وكان الباقي من جميع<sup>(٢)</sup> التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم . وإن كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع : رقعة للدين واثنان للتركة ، وإن كان بقدر ربعهم كتبت أربع رقاع : رقعة للدين وثلاثة للتركة ، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة ، وإن كتبت رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز ، وقيل لا يجوز لثلاث تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين ، والأول أصح ، لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء ، فأما إذا كان له وفاء لم يمنع منه ، بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين ، فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه .

٨٦٤٥

(فصل)

وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم ، أو واحداً منهم غير معين ، فأت أحدهم ،

(١) في طبعة رشيد ٢٨١/١٢ والفق ٣٦٥/١٢ (وباقى التركة ألف) وفي الشرح الكبير ٣٠٣/١٢ (وباقى

التركة ألفان وهو الصواب) . (ف)

(٢) (من) ساطعة من الشرح الكبير ٣٠٣/١٢ (ف)



أفرعنا بين الميت والأحياء ، فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقوتناه حين الإعتاق ، سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : إن مات قبل موت سيده أفرعنا بين الحيين ، لأهمما جميع التركة ، ولهذا لا يعتق إلا ثلثهما ، ولا يعتبر الميت ، لأنه ليس بحسوب من التركة ، ولأنه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثهما .

ولما : أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يفرع بينه وبينهم ، كما لو مات بعد سيده ، ولأن المقصود تسهيل الأحكام وحصول ثواب العتق ، ويحصل هذا في الميت ، فوجب أن يدخل في القرعة كما لو مات بعد سيده ، فأما إن وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي ، فإن كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له ، لم نحسبه من التركة ، لأنه لم يصل إلى الوارث ، فتسكن التركة الحيين ، فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة ، وتعتبر قيمته حين الإعتاق ، لأنه حين إنزاله ، وتعتبر قيمة التركة بأقل الأسرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث ، لأن الزيادة فائدة تجددت على مالك الوارث فلا تحسب عليه من التركة ، والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به ، فأشبهه الشارح والآبق ، وإنما يحسب عليه ما حصل في يده ، ولا يحسب الميت من التركة ، لأنه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة . وإن كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة ، لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحى في تقويمه معهم ، والحكم بإعتاقه إن وقعت عليه القرعة ، أو من النائين إن وقعت القرعة على غيره ، ونحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ، ونحو هذا قال الشافعي .

## (فصل)

٨٦٤٦

وإن دبر الثلاثة ، أو وصى بعتقهم فأت أحدهم في حياته ، بطل تديره والوصية فيه ، وأفرع بين الحيين فأعتق من أحدهما ثلثهما ، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه ، لسكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق ، بخلاف التي قبلها ، فإن العتق حصل من حين الإعتاق ، وإنما القرعة تبينه وتكشفه ، ولهذا يحكم بعتقه من حين الإعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الأحرار في سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أفرع بينه وبين الأحياء ؛ لأنه قد حصل العتق من حين موت السيد .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٤٧

قال ﴿ ولو قال لهم في مرض موته : أحكمكم حر ، أو كلحكم حر ومات ، فكذلك ﴾ .  
أما إذا قال لهم : كلكم حر ، فهي المسألة التي تقدمت وشرحناها . وأما إذا قال : أحكمكم حر ، فإنه يفرع بينهم فيخرج أحدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقيون ، وسواء كان للميت مال سوام أو لم يكن إذا كان

يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث . ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعمين وأعتق أحدهم بالقرعة . وإن قال : أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتعميت الحرية فيه . وقال أبو حنيفة والشافعي : له تعيين أحدهم فيعتق من عينه وإن لم يكن نواه حالة القول ، ويطلب المعتق بالتعمين فإذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه ، لأن له تعيين المعتق ابتداء ، فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق .

ولنا : أن مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ، كما لو أعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث ، وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه . والطلاق كما قلنا . فأما إن مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف ، وليس للورثة التعمين بل يخرج المعتق بالقرعة ، وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا : لا ندرى أيهم أعتق ، وقال أبو حنيفة : لهم التعمين ، لأنهم يقومون مقام موروثهم . وقد سبق الكلام في المعتق .

### ( فصل )

٨٦٤٨

ولو أعتق إحدى إمارته ثم وطئ إحداهن لم يتعين الرق فيها ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يتعين الرق فيها ، لأن الحرية عنده تعين بتعيينه ، ووطؤ دليل على تعيينه ، وقد سبق الكلام على هذا الأصل ، ولأن المعتقة واحدة فلم تتمين بالوطء ، كما لو أعتق واحدة ثم نسيها .

### ( فصل )

٨٦٤٩

وإذا أعتق واحداً بعينه ونسيه ، فقياس قول أحمد أن يمتق أحدهم بالقرعة ، وهذا قول الأبي . وقال الشافعي : يقف الأمر حتى يذكروا ، فإن مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب : يمتقون كلهم . وقال مالك : إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة ، عتق منهم بقدر ثلثهم ، وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم ، وعلى هذا فيقرع بينهم ، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل .

وقال أصحاب الرأي : إن قال الشهود : نشهد أن فلاناً أعتق أحد عبيده ولم يسم ، عتق ثلث كل واحد منهم وسعى في باقيه ، أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا : نشهد أن فلاناً أعتق بعض عبيده ونسيناه ، فشهادتهم باطلة . ونحو هذا قول الشعبي والأوزاعي ، ولم يذكروا ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة .

ولنا : أن مستحق العتق غير مبين ، فأشبه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته ، فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق : ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان :

أحدهما : رد الأول إلى الرق ويمتق الذي عينه ، لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع .

والثاني : يعتقان معاً ، وهو قول الليث ، ومقتضى قول ابن حامد ، لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا نزول كسائر الأحرار ، ولأن قول المعتق : ذكرت من كنت نديته يتضمن إقراراً عليه بحرية من ذكره وإقراراً على غيره فقبل لإقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله ، فيعتق من عيته ويرق غيره ، فإذا قال : أعتقت هذا ، عتق ورقى الباقيون . وإن قال : أعتقت هذا لا بل هذا ، عتقا جميعاً ، لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ، ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول ، فسكذلك الحكم في إقرار الوارث .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٥٠

قال ﴿ وإذا ملك نصف عبد ، فدبره أو أعتقه في مرض موته ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله بنى بقيمة النصف الذي لشريكه ، أعطى وكان كله حراً في إحدى الروايتين ، والأخرى لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه ﴾ .

وجملته : أنه إذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه في مرض موته ، أو دبره ، أو وصى بعتقه ، ثم مات ولم ينف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك ، لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم ، إلا قولاً شاذاً ، أو قول من يرى السعاية ، وذلك أنه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغفره قيمة الشقص ، فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر ، فأما إن كان ثلث ماله بنى بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان : إحداهما : يسرى إل نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ، ويهبط الشريك قيمة نصيبه من ثلثه ، لأن ثلث المال المعتق والمالك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والإعتاق وغيره ، فجزى مجرى مال الصحيح ، فيسرى عتقه كسراية عتق الصحيح للوسر .

والرواية الثانية : لا يعتق إلا حصته ، لأنه بموته يزول ملكه إلى ورثته ، فلا يبقى شيء يقضى منه للشريك ، وبهذا قال الأوزاعي ، لأن الميث لا يضار .

وقال القاضي : ما أعتقه في مرض موته سرى ، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر ، وقال : الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح ، والرواية في وقوفه في التدبير أصح ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن العتق في الحياة ينفذ في حال ملك للمعتق ، وصحة تصرفه ، وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله . وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به في حال يزول ملك للمعتق وتصرفاته والله أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٥١

قال ﴿ وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لـسـكـله ﴾ .

وجملته : أنه إذا دبر بعض عبده ، وهو أن يقول : إذا مات فنصف عبدي حر ، ثم مات ، فإن كان

النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر ، لأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثه ، فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى ، وإن كان العبد كله يخرج من الثالث ، ففي تكميل الحرية روايتان : أحدهما : تكمل ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالإعتاق في السراية وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه إعتاق لبعض عبده ، فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته .  
والرواية الثانية : لا يكمل المعتق فيه ، لأنه لا يمنع جواز البيع ، فلا يسرى كتمليقه بالصفة .

## ( فصل )

٨٦٥٢

فأما إن أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه إن خرج من الثالث عتق جميعه ، وإلا عتق منه بقدر الثالث ، لأن الإعتاق في المرض كالإعتاق في الصحة ، إلا في اعتباره من الثالث ، وتصرف المريض في ثلثه في حق الأجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله ، كما لو أعتق شركا له في عبد ، وثلثه يحتمل جميعه ، وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق .

## ( فصل )

٨٦٥٣

وإذا دبر أحد الشريكين حصته ، صح ولم يلزمه في الحال لشريكه شيء ، وهذا قول الشافعى ، فإذا مات عتق الجزء الذى دبره إذا خرج من ثلث ماله ، وفي سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسألة وقبلها . وقال مالك : إذا دبر نصيبه تقاوماه ، فإن صار للسدر صار مدبرا كله ، وإن صار للآخر صار رقيقا كله .

وقال الليث : يفرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ، ويصير العبد كله مدبرا ، فإن لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك ، فإذا أداها صار مدبرا كله . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن المدبر للشريك قيمة حقه ، موسرا كان أو معسرا ، ويصير المدبر له .

وقال أبو حنيفة : الشريك بالخيار ، إن شاء دبر ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسرا .

ولنا : أنه تعليق للمعتق على صفة ، فصح في نصيبه ، كما لو علقه بموت شريكه .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٥٤

قال ﴿ ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فأعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بعناهم في دينه ﴾ .  
وجملته : أن المريض إذا أعتق عبده في المرض ، أو دبره ، أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة ، تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقبهم فيبايعون في الدين ، ويكون عتقهم وصية ، والدين مقدم على الوصية ، ولهذا قال على رضى الله عنه :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى<sup>(١)</sup> أن الدين قبل الوصية ، ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ، ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى ( مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ )<sup>(٢)</sup> والميراث مقدم على الوصية في الثلثين . فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية ، وبهذا قال الشافعي . ورد ابن أبي ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دين . قال أحمد : أحسن ابن أبي ليلى .

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين : أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة ، وأبو حنيفة ، وإسحاق : يسعى العبد في قيمته .

ولنا : أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث ، فقدم عليه الدين كالمهبة ، ولأنه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية ، وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ، ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه ، كما لو أعتق ملك غيره ، فإن قال الورثة : نحن نقضى الدين ونعفى العتق ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفذ حتى يتدثروا العتق ، لأن الدين كان مانعاً منه ، فيكون باطلاً ، ولا يصح بزوال المانع بعده .

والثاني : ينفذ العتق ، لأن المانع منه إنما هو الدين ، فإذا سقط وجب نفوذه ، كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة ، نفذ العتق في الجميع . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . وقالوا : إن أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الليث دين وقضى الدين هل ينفذ ؟ فيه وجهان .

### ( فصل )

٨٦٥٥

فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، فأقرب الورثة ، فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ، ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل للقرعة ، لأن الدين شريك في الإقراع ، فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة ، كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث .

الثاني : يصح الإقراع ، لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين ،

( ١ ) قال علي رضي الله عنه « إنكم تقرأون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية » أخرجه الترمذي في الفرائض والوصايا ج ٢ ص ١٦١ ، وأخرجه ابن ماجة في الوصايا ج ٢ ص ١٥٩ ، ١٦٠ وفي سننه الحارث الأعور وقد تكلم بعض أهل العلم فيه لكنه تقوى بأن العمل عليه عند عامة أهل العلم كما في الترمذي ( ف ) .

( ٢ ) سورة النساء آية ١١ .

لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين ، فيقال للورثة : اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدین اللذين بقیا ، إما من العبيد وإما من غیرهم ، ويجب رد نصف العبد الذى عتق ، فإذا كان الذى أعتق عبيدين أقرعنا بينهما ، فإذا خرجت القرعة على أحدهما ، فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر فى الدين ، وإن كان أكثر عتق منه بقدر السدس ، وإن كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٥٦

﴿ ولو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحداً لمجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم ﴾ .

وجنبته : أنه إذا أعتق ثلاثة فى مرضه لم يعرف له مال غیرهم ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ، لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يميز الورثة عتقهم ، فإذا فمأنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثلثهم تبين أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم ، أو من حين موته إن كان دبرهم ، لأن التدبير وتصرف للريض فى ثلث ماله جائز نافذ ، وقد بان أنهم ثلث ماله . وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً ، فلا يمنع كون العتق واقعاً . فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم . وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلاً . وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار . فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب ، وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثهم ، لأنهما ثلث جميع المال فيقرع بين الإثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين فى القيمة ، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم ، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أناسهم ، وكلما ظهر له مال عتق من العبدین اللذين رقا بقدر ثلثه .

## ( فصل )

٨٦٥٧

وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه ، وجب على الوصى إعاقته ، فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعاقته ، فإن امتنعوا أجبرهم السلطان ، فإن أصروا على الامتناع أعتقه السلطان أو من ينوب مثابه كالحاكم ، لأن هذا حق لله تعالى وللعبد ، ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه ، كالزكاة والديون ، فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق ، وما اكتسبه فى حياة الموصى فهو للموصى بكون من جملة تركته إن بقى بعده ، لأنه كسب عبده القين ، وما كسبه بعد موته وقبل إعاقته فهو للوارث . وقال القاضى : هو للعبد ، لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه ، فكان له ككسب المكاتب . وقال بعض أصحاب الشافعى : فيه قولان مبنيان على القواين فى كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا : أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه ، وكالمعلق عتقه بصفة ، وفارق المكاتب ،

فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده . ويبطل ما ذكره بأم الولد ، فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له وللوصى به لا نسله ، وإن سلفناه فالفرق بينهما أن الوصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وإنما وقف على شرط هو القبول ، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب ، وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب ، وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يحز أن يثبت حكمه سابقاً عليه . ولهذا يملك الوصى له أن يقبل بنفسه ، وهاهنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه . وإن مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعاقته فما كسبه للورثة على قولنا ، ولا أعلم قول من خالفنا فيه .

## (فصل)

٨٦٥٨

فإن علق عتق عبده على شرط في صحته ، فوجد في صحته ، اعتبر خروجه من الثلث ، قاله أبو بكر . قال : وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، أنه يعتق من رأس المال ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه لا يهتم فيه فأشبه العتق في صحته .

ولنا : أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثاني ماله ، فاعتبر من الثلث كالمنجر .

وقولهم : لا يهتم فيه .

قلنا : وكذلك العتق المنجز لا يهتم فيه ، فإن الإنسان لا يهتم بمحابة غير الوارث وتقدمه على وارثه ، وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة ، وهذا حاصل هاهنا . ولو قال : إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر ، فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً .

## (فصل)

٨٦٥٩

وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده ، روى هذا عن ابن مسعود وأبي أيوب وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن حماد والبتى وداود بن أبي هند وحيد . وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك وأهل المدينة : يتيمه ماله ، لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق<sup>(١)</sup> عبداً وله مال فماله للعبد » رواه الإمام أحمد بإسناده وغيره .

وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبداً لم يعرض لماله .

ولنا : ما روى الأثرم بإسناد ، عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير : يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أيما<sup>(٢)</sup> رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يجز به

(١) أخرجه أيضاً أبو داود ج ٢ ص ٣٥٣ ولفظه : عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسلم « من أعتق عبداً وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد » وأخرجه أيضاً ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٨ (ف) .

(٢) أخرجه أيضاً ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٩ (ف) .

بماله فماله لسيده » ولأن للعبد وماله كانا جميعاً للسيد ، فأزال مملوكه عن أحدهما فبقى مملوكه في الآخر ، كما لو باعه ، وقد دل على هذا حديث النبي صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه <sup>(١)</sup> المبتاع » .

فأما حديث ابن عمر فقال أحمد : يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث ، كان صاحب فقه ، فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوى . وقال أبو الوايد : هذا الحديث خطأ . فأما فصل ابن عمر فإنه تفضل منه على معتقه . قيل للامام أحمد : كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال : أى لعمرى على التفضل ، قيل له : فسكاً نه عندك لسيده ؟ فقال : نعم للسيد مثل البيع سواء .

### مسألة

٨٦٦٠

قال ﴿ وإذا قال لعبده : أنت حر في وقت سماء ، لم يعتق حتى يأتى ذلك الوقت ﴾ وجملة ذلك : أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجيء وقت ، مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتى رأس الحول . وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة ، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر ، قال أحمد : إذا قال لفلانة : أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجيء <sup>(٢)</sup> فلان واحد . وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر ، إنما يريد إذا جاء رأس السنة ، أو جاء رأس الهلال منه ، وإذا قال : أنت طالق إذا جاء الهلال ، إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال . وقال إسحاق كما قال أحمد . وحكى عن مالك أنه إذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول ، عتق في الحال . والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها ، لأنه لا يملكها مملوكاً تاماً ولا يهبها <sup>(٣)</sup> ولا يلحقها بسببه رق : وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس اللال ، وقد روى عن أحمد أنه لا يوطؤها ، لأن مملوكه غير تام عليها . والأول أصح لما روى عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول ، فلو لا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم قائلته ، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها ، كما لو قال . إذا أدبت إلى ألفاً فأنت حر ، واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاء ، ولا يلزم للسكينة ، لأنها اشترت نفسها من سيدها بموضع ، وزال مملوكه عن اكسابها بخلاف مسألتنا .

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشرب عن ابن عمر ج ٣ ص ١٥١ ومسلم ج ٣ ص ١١٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٢٤٠ والترمذي ج ١ ص ٢٣٥ والنسائي ج ٧ ص ٢٩٧ وابن ماجه ج ٢ ص ٢٣ (ف)

(٢) نص الشرح الكبير ٢٦٧/١٢ (ويجيء فلان) بدل (ويجيء فلان) (ف)

(٣) نص للشرح الكبير ٢٦٧/١٢ (ولا يهبها ولا يبيعها) (ولا يملكها بسببه رق) . (ف)



## (فصل)

٨٦٦١

وإذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه ، وإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث أو هبة لم يعتق ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال النخعي وابن أبي ليلى : إذا قال لعبد : إن فعلت كذا فأنت حر فباعه ببيعاً صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع . قال ابن أبي ليلى : إذا حلف بالطلاق لا أكلت فلاناً ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلفه حنث ، وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق<sup>(١)</sup> ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه ، كما لو لم يكن له مال مقدم .

## (فصل)

٨٦٦٢

وإذا قال لعبد : إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ، ولم ينفو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب ، وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : ليس له بيعه ، فإن باعه ففسخ البيع .

ولنا : أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم يفسخ ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها .

## (فصل)

٨٦٦٣

وإذا قال لعبد : إن دخلت الدار فأنت حر ، فباعه ثم اشتراه ، ودخل الدار ، عتق ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : فيها قولان :

أحدهما : لا يعتق ، لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة ، فلم يقع العتق فيه ، كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه .

ولنا : أنه علق الصفة في ملكه ، وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يحث كالأول لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه ، لأنه لو نجز العتق لم يقع ، فإذا علقه

(١) عن مسور بن مخرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » أخرجه ابن ماجه ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » قال الترمذي ج ١ ص ٢٢٢ « حديث حسن وهو أحسن شيء روى في هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم »

وعن حكيم بن حزام « قال قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه ثم أبتاعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك » أخرجه أصحاب السنن (ف) .

كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا . فأما إن دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمقصود عن أحمد أنه لا يعتق .

وذكر عنه رواية أخرى أنه يعتق . وروى عنه في الطلاق أنه يقع ، لأن التعليق والشرط وجدا في ملكه فأشبه ما لو لم يتخللها دخول .

ووجه الأول أن العتق معلق على شرط لا يقتضى التكرار ، فإذا وجد مرة انحلت اليقين ، وقد وجد الدخول في ملك غيره فأنحلت اليقين فلم يقع العتق به بعد ذلك . ويفارق العتاق الطلاق من حيث أن النكاح الثانى يبنى على النكاح الأول ، بدليل أن طلاقه في النكاح الأول يحسب عليه في النكاح الثانى ، وينقص به عدد طلاقه ، والملك باليدين بخلافه .

٨٦٦٤

(فصل)

وإذا قال لعبد له مقيد : هو حر إن حل قيده ، ثم قال : هو حر إن لم يكن في قيده عشرة أرطال ، فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال ، عتق العبد بحل قيده ، وتبيننا أنه ما عتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به . وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يلزمهما ضمانها ، لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولأن عتقه حصل بحكم الحاكم المبنى على الشهادة الكاذبة ، فأشبه الحكم بالشهادة التى يرجعان عنها ، وهذا قول أبى حنيفة .

والثانى : لا ضمان عليهما<sup>(١)</sup> وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبنى على شهادتهما ، وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به ، فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم .

٨٦٦٥

(فصل)

وإن قال لعبد ، أنت حر متى شئت ، لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فتى شاء عتق ، سواء كان على الفور أو التراخى . وإن قال : أنت حر إن شئت ، فكذلك . ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس ، لأن ذلك بمنزلة التخيير . ولو قال لامرأته : اختارى نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور ، فإن تراخى ذلك بطل خيارها ، كذا تعليقه بالشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخى ، وإن قال : أنت حر كيف شئت ،

(١) في نسخ النفى (لا ضمان عليهما) طبعة رشيد ١٢ / ٢٩٤ والنفى ٣٧٧/٩ والصواب (لا ضمان عليهما)

كما في الشرح الكبير ١٢/٢٧٤ (ف)

احتمل أن يعتق في الحال ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن كيف لا تقتضى شرطاً ولا وقتاً ولا مكاناً ، فلا تقتضى توقيف العتق . وإنما هي صفة للحال فتقتضى وقوع الحرية على أى حال شاء ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لأن المشيئة تقتضى الخيار ، فتقتضى أن لا يعتق قبل اختياره ، كما لو قال : أنت حر متى شئت ، لأن كيف تعطى ما تعطى متى وأى ، فحكمها حكمهما .

وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه إذا قال لزوجته : أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت ، لم تطاق حتى تشاء ، فيجىء ها هنا مثله .

## (فصل)

٨٦٦٦

وتعلق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : تعليقه على صفة محضة ، كقوله إن أدبت إلى ألفاً فأنت حر ، فهذه صفة لازمة لا سبيل إلى إبطالها ، لأنه أزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر . ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ، ولو أبرأ السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط ، لأنه لا حق له في ذمته ببرئه منه ، وإنما هو تعليق على شرط محض . وإن مات السيد انفسخت الصفة ، لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره . وإن زال ملكه يبيع أو هبة زالت الصفة ، فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل . ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتاج إلى تجديد إعتاق من جهة السيد ، لأنه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعلق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق . وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده ، لأنه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده ، إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التي أداها ، فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل في يده لسيده وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبناها ولدها في أحد الوجهين ، لأنها أمة قن ، فأشبهه مالو قال : إن دخلت الدار فأنت حرة ، ولا تنجب عليها قيمة نفسها ، لأنه عتق من السيد بصفة فأشبهه مالو باشر عتقها . ولا يعتق حتى يؤدي الألف بكاملها .

وذكر القاضي أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال : أنت حر إن أكلت رغيفاً فأكل بعضه ، وهذا لا يصح لوجوه :

أحدها : أن أداء الألف شرط العتق ، وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الأحكام وتنفي بانتفاءها ، بدليل سائر شروط الأحكام .

الثاني : أنه إذا علقه على وصف ذي عدد ، فالعدد وصف في الشرط . ومتى علق الحكم على شرط ذي وصف لا يثبت ما لم توجد الصفة ، كما لو قال لعبيده : إن خرجت عارياً فأنت حر ، فخرج لا يساً لا يعتق ، فكذلك العدد .

الثالث : أنه متى كان في اللفظ ما يدل على السكّل لم يحنث بفعل البعض ، وكذلك لو حلف لأصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ، ولو حلف لأصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً . ولو قال لامرأته : إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تظهر من الحيضة . وقد ذكر القاضى هذه المسائل ونظائرها ، وذكر الألف هاهنا يدل على إرادته أداء الألف كاملة .

الرابع : أننا لانسلم هذا الأصل الذى ادعاه ، وأنه إذا قال له : أنت حر إن أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه ، وإنما إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض وينفاه اللفظ ، كمن حلف لا يصلى فشرع في الصلاة ، أو لا يصوم فشرع في الصوم ، أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرّب بعضه ، ونحو هذا ، لأن الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذى شرع فيه ، والقدر الذى شربه من الإناء هو ماء الإناء ، وقريئة حاله تقتضى المنع من السكّل ، فتقتضى الامتناع من السكّل ، ومتى فعل البعض فما امتنع من السكّل ، فحنث لذلك .

ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ إلا بفعل الجميع . وفي مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضى وجود أداؤها ، فلا يثبت الحكم للعاق عليها دون أداؤها ، كمن حلف ليؤدين ألفاً لم يبرأ حتى يؤديها .

الخامس : أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قال لا إله<sup>(١)</sup> إلا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق إلا العقوبة . وقال « من أحيأ<sup>(٢)</sup> أرضاً ميتة فهي له » فلو شرع في الإحياء لم تكن له . ولو قال في المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فهو سابق ، فسبق إلى أربع لم يكن سابقاً . ولو قال : من رد ضالتي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً . فكيف يخالف موضوعات الشرع واللفظ بغير دليل . وإنما الذى جاء عن أحمد في الأيمان فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث ، لأن اليمين على الترتك بقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي ، والنهي عن فعل شيء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط ، والله أعلم .

القسم الثانى : صفة جمعت معاوضة وصفة ، والمغلب فيها حكم المعاوضة وهى الكتابة الصحيحة ، فهى مساوية لاصفة الحضة في العتق بوجودها ، وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه ، وأن الولاء لسيده ، وتخالفها في أنه لو أبرأ السيد من المال برىء منه وعتق ، لأن ذمته مشغولة به فبرىء منه بإبرائه كضمن المبيع ، ولا يفسخ

(١) من قال « لا إله إلا الله مخلصاً دخل الجنة » أخرجه البزار عن أبى سعيد (ف) .

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن سعيد بن زيد (ف) .

بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته ، لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع ، وما كسبه قبل الأداء فهو له ، وما فضل في يده بعد الأداء فهو له ، وولد المكاتبه الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعقدها .

النسب الثالث : صفة فيها معاوضة ، والمغلب فيها حكم الصفة ، وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول ، أو نجم واحد ، أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة ، فتساوى الصفة المحضة والكتابة في أنه لا يعتق بالأداء ، لأنه عتق معاق على شرط ، ولا تلزمه قيمة نفسه ، ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه ، لأن الحجر لارق لا يمنع صحة كتابته ، فلا يقتضى حدوثه إبطالها . وإن أدى حال جنونه عتق ، لأن الصفة وجدت .

وقال أبو بكر : لا يعتق بذلك ، ويفارقهما في أن للسيد فسخما ورفعها ، لأنها فاسدة ، والفساد بشرع رفعه وإزالته ، ويفارق الكتابة الصحيحة في أنها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لفسه ، لأنه عقد جائز من جهته ، فبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة . وقد قال أحد : إذا وسوس فهو بمنزلة الموت ، وهذا قول القاضي . وقال أبو بكر : لا تبطل بشيء من ذلك ، لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة . وتفرق الصفة المحضة في أن كسب العبد قبل الأداء له ، وما فضل في يده بعد الأداء فهو له دون سيده ، ويتبع المكاتبه ولدها حللها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيهما ، وفي الآخر لا يستحق كسبه ولا يتبع المكاتبه ولدها ، لأن العتق حصل بالصفة لا بالكتابة . وأما الكتابة بمحرم كالحر والخنزير فقال القاضي : هي كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالأداء . وقال أبو بكر : لا يعتق فيها بالأداء ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية لليموني إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة . وينبغي أن يقال : إن عتق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو عاق العتق على السرقة وشرب الخمر . وإن قال : كاتبك على خير لم يعتق بأدائه كقول أبي بكر ، والله أعلم .

### (فصل)

٨٦٦٧

وإذا قال لعبد : أنت حر وعليك ألف ، عتق ولا شيء عليه ، لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف ، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا . ونقل جعفر بن محمد قال : سمعت أبا عبد الله قيل له : إذا قال : أنت حر وعليك ألف درهم ؟ قال : جيد ، قيل له : فإن لم يرض العبد ؟ قال : لا يعتق إنما قاله له على أن يؤدي إليه ألف درهم فإن لم يؤدي فلا شيء . وإن قال : أنت حر على ألف ، فكذلك في إحدى الروايتين لأن ( على ) ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبهه قوله وعليك ألف .

والثانية : إن قبل العبد عتق ولزمته الألف ، وإن لم يقبل لم يعتق ، وهذا قول مالك والشافعي

وأبى حنيفة ، لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال : أنت حر بألف ، وهذه الرواية أصح ، لأن ( على ) تستعمل للشرط والعوض . قال الله تعالى ( قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا )<sup>(١)</sup> وقال تعالى ( فَهَلْ تَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا )<sup>(٢)</sup> ولو قال في النكاح : زوجتك ابنتي فلانة على صدق خمسمائة درهم ، فقال الآخر : قبلت ، صح النكاح وثبت الصداق . وقال النخعي : إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها ، كان ذلك جائزاً ، فأما إذا قال : أعتقتك على أن تخدمني سنة فقبل ، ففيها روايتان كالتى قبلها ، وقيل : إن لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة . فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة ، فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقى من الخدمة بهذا . وقال الشافعي وقال أبو حنيفة : تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيقسط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته .

ولنا : أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته كالخلع في النكاح والصلح في دم العمد . وإن قال : أنت حر على أن تعطيني ألفاً ، فالصحيح أن لا يعتق حتى يقبل ، فإذا قبل عتق ولزمه الألف . وإن قال : أنت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف .

### ( فصل )

٨٦٦٨

وإذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل ، تبعها ولدها في ذلك ، لأنه كمضو من أعضائها ، فإن وضعت قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق ، لأنه تابع في الصفة ، فأشبه ما لو كان في الصفة ، فأشبه ما لو كان في البطن . وإن كانت حائلاً حين التعلق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها ، لأن العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كما لا يجز . وإن حلت بعد التعلق وولدت قبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد ، لأن الصفة لم تتعلق به لا في حال التعلق ولا في حال العتق . وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياساً على ولد المدبرة . وإن بطلت الصفة يبيع أو موت لم يعتق الولد ، لأنه إنما يبيعها في العتق لا في الصفة ، فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فإنه تبعها في التدبير ، فإذا بطل فيها بقى فيه .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٦٩

قال ﴿ وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من غشائها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها ، فإن أسلم حلت له ، وإذا مات عتقت ﴾ .

هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد ، فإنه أليق بها .

٨٦٧٠

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا قال لأُمته : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت اثنين أقرع بينهما ، فمن أصابته القرعة فهو حر إذا أشكل أولهما خروجاً ﴾ .

إنما كان كذلك لأن أحدهما استحق العتق ولم يعلم بميئته ، فوجب إخراجه بالقرعة ، كما لو قال لعبيده : أحدكم حر . وقد سبق القول في هذه المسألة ، فأما إن علم أولهما خروجاً فهو الحر وحده ، وهذا قول مالك والثوري وأبى هاشم والشافعي وابن المنذر ، وقال الحسن والشمي وققادة : إذا ولدت ولدين في بطن فبهما حران .

ولنا : أنه إنما أعتق الأول ، والذي خرج أولاً هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو ولدتها في بطنين .

٨٦٧١

(فصل)

فإن ولدت الأول ميتاً والثاني حياً ، فذكر الشريف أنه يمتق الحى منهما ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يمتق واحد منهما وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، لأن شرط العتق إنما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فأنحلت اليمين به ، وإنما قلنا : إن شرط العتق إنما وجد فيه لأنه أول ولد ، بدليل أنه لو قال لأُمته : إذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت .

ووجه الأول أن العتق يستحيل في الميت فتعاقبت اليمين بالحى ، كما لو قال : إن ضربت فلاناً فعبدى حر فضربه حياً عتق ، وإن ضربه ميتاً لم يمتق ، ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه ، فكأنه قال : أول ولد تلدينه حياً فهو حر .

٨٦٧٢

(فصل)

وإن قال لأُمته : كل ولد تلدينه فهو حر ، عتق كل ولد ولدت في قول جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعي والأوزاعي والليث والثوري . قال ابن المنذر : ولا أحفظ من غيرهم خلافهم ، فإن باع الأُمّة ثم ولدت لم يعتق ولدها ، لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه .

٨٦٧٣

(فصل)

فإن قال : أول غلام أملكه فهو حر ، أنبنى ذلك على العتق قبل الملك ، وفيه روايتان ، فإن قلنا : يصح عتق أول من يملكه ، فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول أحد ، فإنه قال في رواية مهنا : إذا قل : أول من يملك من عبيدى فهو حر ، فطاع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ، ويحتمل أن

بعتقا جميعاً ، لأن الأولية وجدت فيهما جميعاً فتثبت الحرية فيهما ، كما لو قال في المسابقة : من سبق فله عشرة  
سبق اثنان اشتركا في العشرة : وقال النخعي : يعتق أيهما شاء . وقال أبو حنيفة : لا يعتق واحد منهما ،  
لأنه لا أول فيهما ، لأن كل واحد منهما مساوٍ للآخر ، ومن شرط الأولية سبق الأول .

ولنا : أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالأحد ، وليس من شرط الأول أن يأتي بعده ثان ،  
بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً ، وإذا كانت الصفة موجودة فيهما فلما أن بعتقا جميعاً أو يعتق  
أحدهما وتعينه القرعة هل ما ذكرنا من قبل ، وكذلك الحكم فيما إذا قال : أول ولد تلد به فهو حر ،  
فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً ، فالحكم فيهما كذلك .

### ( فصل )

٨٦٧٤

وإن قال : آخر عبد أملكه فهو حر ، فذلك عبداً لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت ، لأنه ما دام  
حيّاً فهو يحتمل أن يملك عبداً يكون هو الآخر ، فإذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حراً حين ملكه  
فسيكون إكسابه له ، وإن كانت أمة كان أولادها أحراراً من حين ولدتهم ، لأنهم أولاد حرة ، وإن  
كان وطئها فمليه مهرها ، لأنه وطئ حرة أجنبية ، ولا يحل له أن يطأها حين ملكها حتى يملك بمسدها  
غيرها ، لأنه ما لم يملك بمسدها غيرها فهي آخر في الحال ، وإنما يزول ذلك بملك غيرها ، فوجب أن يحرم  
الوطء ، وإن ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات ، فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في المسألة  
للقى قبلهما .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٧٥

قال ﴿ وإذا قال العبد لرجل : اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ، ففعل ، فقد صار حراً ، وعلى  
الاشترى أن يؤدي إلى البائع مثل الذي اشتراه به ، وولاؤه للذي اشتراه ، إلا أن يكون قال له : بعني بهذا  
المال فيكون الشراء والعتق باطلاً ، ويكون السيد قد أخذ ماله ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا دفع إلى أجنبي مالاً وقال : اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ، ففعل ، لم  
يحل من أن يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد للمال ، فإن اشتراه في ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق  
جائز ، لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له ، وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به ، لأنه لزمه الثمن بالبيع ،  
والذي دفعه إلى السيد كان ملكاً له لا يحسب له به من الثمن ، فيبقى الثمن واجباً عليه بإزمه أداؤه ، وكان  
العتق من ماله والولاء له ، وبهذا قال الشافعي وابن النضر ، وأما إن اشتراه بعين المال فالشراء باطل والعتق  
غير واقع ، لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه ، فلم يصح الشراء ولم يقع العتق ، لأنه أعتق مملوك  
غيره بغير إذنه ، ويكون السيد قد أخذ ماله ، لأن ما في يد العبد محكوم به لسيده .



وعلى الرواية التي تقول : إن النقود لا تتمين بالتممين في العقود ، يصح البيع والعتق ، ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ، ونحو هذا قال النخعي وإسحاق ، فإنهما قالا : الشراء والعتق جائزان ، ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق .

وقال الحسن : البيع والعتق باطلان ، وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً ، وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق وفيه توسط بين المذهبين ، فكان أولى إن شاء الله تعالى .

### ٨٦٧٦ (فصل)

ولو كان العبد بين شريكين ، فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه ، عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين ونصف قيمة العبد ، لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما ، إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن كان العوض مستحقاً إذ لم يقع العتق على عينها ، وإنما سمي خمسين ثم دفعها إليه ، وأن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ، ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ، فيرجع بقيمة ويكون الولاء للمعتق .

### ٨٦٧٧ (فصل)

ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبى حر ، عتق وسرى إلى نصيب شريكه ، ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه والولاء للموكل ، وإن أعتق نصف للعبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف إلى نصيبه ، لأنه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك ، واحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه ، لأنه أمره بالإعتاق فانصرف إلى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف إليهما ، لأنهما تساويا فانصرف إليهما ، وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن الوكيل إن أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه ، لأنه مأذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن ، كمن أذن له في إتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية ، وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان ، لأنه مباشر لسبب الإتلاف ، فلم يجب له ضمان ما تلف به ، كما لو قال له أجنبي : أعتق عبدك فأعتقه ، والله أعلم .

### كتاب التدبير

ومعنى التدبير : تعليق عتق عبده بموته ، والوفاة دبر الحياة ، يقال : دابر الرجل يدابر مدبرة ، إذا مات ، فسمى العتق بعد الموت تدبيراً ، لأنه إعتاق في دبر الحياة . والأصل فيه السنة والإجماع .

أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دُبُرٍ منه ، فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من يشتريه مني ؟ » فباعه من نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بَثْنًا مِائَةَ دِرْهَمٍ ، فدفعها إليه وقال « أنت أخوَجُ منه <sup>(١)</sup> » متفق عليه .

وأما الإجماع ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات . والدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه ، وإنفاذ وصاياه إن كان وصى ، وكان السيد بالغا جائز الأسر أن الحرية تجب له أو لها .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٧٨

قال ﴿ وإذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، أو أنت حر بعد موتى فقد صار مدبراً ﴾ .

( ١ ) هذا الحديث رواه البخاري في البيوع ج ٣ ص ٩١ ، ١٠٩ والاستقراض ومن باع مال للفلس ص ١٥٦ ومن رد أمر السفيه ص ١٥٩ ويبيع للمدبر ص ١٩٢ ورواه في كفارة الأيمان ج ٨ ص ١٨١ ، ١٨٢ ورواه في الإكراه ج ٩ ص ٢٧ وفي الأحكام ج ٩ ص ٩١ كذلك رواه مسلم في الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس ج ٢ ص ٦٩٢ ، ٦٩٣ كتاب الأيمان ج ٣ ص ١٢٨٩ وأبو داود في العتق ج ٢ ص ٣٥٢ والترمذي في البيوع ج ١ ص ٢٣٠ والنسائي في الزكاة ج ٥ ص ٧٠ وفي البيوع ج ٧ ص ٣٠٤ وفي القضاء ج ٨ ص ٢٤٦ وفي ابن ماجه في العتق ج ٢ ص ١٠٤ واسم الرجل كما في مسلم وأبي داود والنسائي ( أبو مذكور ) من بنى عذرة أنصاري واسم الغلام ( يعقوب ) عبد قبطي .

واسم للشترى ( نعيم بن عبد الله ) العدوي .

ونعنه ( ثمانمائة درهم ) على الصحيح وفي رواية لأبي داود سبعمائة أو تسعمائة وليس في رواياته لفظ « أنت أخوَجُ منه » والوارد « أبداً بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلا تملك » كما في مسلم ، ونحوه في كتب السنة الأخرى . وقد باعه النبي صلى الله عليه وسلم في حياة الذي دبره كما تقيده الروايات عدا رواية الترمذي ففيها أنه باعه بعد وفاته .

وسبب يمه كما تقيده الروايات أن الرجل كان مديناً محتاجاً فهو أحق بتممه . ( ف )

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت ، فقال : أنت حر ، أو محرر ، أو عتق ، أو معتق بعد موتى ، صار مدبراً بلا خلاف فعلمه ، وأما إن قال : أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، فإنه يصير مدبراً بنفسه لا لفظ من غير افتقار إلى نية ، وهذا منصوص الشافعى .

وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ، ويفتقر إلى النية ، لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما فافتقرا إلى الدية كالسكنايات .

ولنا : أنهما لفظان وضعا لهذا المقدم فلم يفتقر إلى النية كالبيع ، ويفارق السكنايات ، فإنها غير موضوعة له ، ويشاركها فيه غيرها ، فافتقرت إلى النية للتعيين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع .

## (فصل)

٨٦٧٩

ويعتق للدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن علي وابن عمر ، وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحامد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى عن ابن مسعود ومسروق وبجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال ، لأنه عتق ، فينفذ من رأس المال كالمعتق في الصعة وعتق أم الولد .

ولنا : أنه تبرع بعد الموت ، فكان من الثلث كالوصية ، ويفارق المعتق في الصعة ، فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة للنجزة .

وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال وليس<sup>(١)</sup> عليها عمل . قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة .

## (فصل)

٨٦٨٠

وإن اجتمع المعتق في المرض والتدبير قدم المعتق ، لأنه أسبق ، وإن اجتمع للتدبير والوصية بالمعتق تساوى ، لأنهما جميعاً عتق بعد الموت ، ويحتمل أن يقدم التدبير ، لأن الحرية تقع فيه عند الموت ، والوصية تنف على الإعتاق بعده .

## (فصل)

٨٦٨١

ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً .

فالطلاق تعاقب العتق بالموت من غير شرط آخر ، كقوله : أنت حر بعد موتى . والمقيد ضربان :

(١) أى لا يعمل بهذه الرواية ولا يفتى بها (ف).

أحدهما : خاص ، نحو أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى بلدى هذا أو عاى هذا فأنت حر ، فهذا جائز على ما قال ، إن مات على الصفة التى شرطها عتق العبد ، وإلا لم يعتق .  
وقال مهنا : سألت أحمد عن قال لعبد : أنت حر مدبر اليوم ؟ قال : يكون مدبراً ذلك اليوم ، فإن مات ذلك اليوم صار حراً ، يعنى إذا مات المولى .

الضرب الثانى : أن يعاق التدبير على صفة ، مثل أن يقول : إن دخلت الدار ، أو إن قدم زيد ، أو إن شفى الله مريضى ، فأنت حر مدبر ، أو فأنت حر بعد موتى ، فهذا لا يصير مدبراً فى الحال ، لأنه عاق التدبير على شرط ، وإذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده . وإن لم يوجد الشرط فى حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق ، لأن إطلاق الشرط فى حياة السيد يقتضى وجوده فى الحياة ، بدليل ما لو لم عاق عليه عتقاً منجزاً . فقال : إذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ، وكما لو قال لو كيله : بع عبدى ، فات الموكل قبل بيعه بطلت وكالته .

ولأن المدبر من عاق عتقه بالموت ، وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير .

وإن قال : إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين : أحدهما : لا يعتق ، وهو قياس المنصوص عنه فى قوله أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر ، فإنه قال : لا يعتق ، لأنه عاق العتق بصفة توجد فى مالك غيره ، فلم يعتق كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعى إياك فأنت حر ، ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كما المنجز .

والثانية : يعتق ، وهو الذى ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه صرح بذلك فحمل عليه ، كما لو وصى بإعتاقه ، وكما لو وصى ببيع ساعة ويتصدق بثمنها . وبفارق التصرف بعد البيع ، فإن الله تعالى جعل الإنسان التصرف بعد موته فى ثلثه بخلاف ما بعد البيع . والأول أصح إن شاء الله تعالى . وبفارق الوصية بالعتق وبيع الساعة ، لأن الملك لا يستقر للورثة فيه ، ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا .

وقولهم : حصل له التصرف فى ثلثه .

قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفاً يثبت عقيب موته ، ويمنع انتقاله إلى الوارث . وإن ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر ، وقد قيل : يسكون مراعى ، فإذا قبل الموصى له تبين أن الملك كان له من حين الموت ، وإن لم يقبل تبين أنه كان للوارث .

فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء ، ومن صحح هذا الشرط احتمل

أن يمنع الوارث من التعرف في رقبته ، لأنه يستحق العتق ، فأشبه الوصى بعتقه ، واحتمل أن لا يمنعه ، لأنه علق عتقه على صفة غير الموت ، فلم يمنع من التصرف فيه ، كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث ، لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط ، كما لو كان الوارث هو الذي عاق عتقه .

## (فصل)

٨٦٨٢

فإن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ، أو قال : بيوم ، فقال أحد في رواية مهنا : لا يمتق ولا تصح هذه الصفة . وقال أيضاً : سألت أحد عن رجل قال لعبده : أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم ، فقال : هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته ، وهذا اختيار أبي بكر . رذ كر القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى أنه يمتق إذا وجدت الصفتان الموت ومضى المدة المذكورة ، وبهذا قال النورى وأبو يوسف وإسحاق ، ووجه الروايتين ما تقدم .

وقال أصحاب الرأى : لا يمتق حتى يمتته الوارث . وعلى قول من قال يمتق يكون قبل الموت ملكاً للوارث وكسبه له ، كأم الولد والمدير في حياة السيد ، وإن كان أمة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التديير ويمتق بوجود الصفة كما تمتق هي .

## (فصل)

٨٦٨٣

إذا قال لعبده : إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى ، فقرأ القرآن جميعه صار مديراً ، وإن قرأ بمضه لم يصير مديراً . وإن قال : إذا قرأت قرآناً فأنت حر بعد موتى . فقرأ بعض القرآن صار مديراً ، لأنه في الأولى عرفه بالألف واللام المقنضية للاستفراق فعاد إلى جميعه . وهاهنا نكره فالتنضي بمضه .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى : ( فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَمِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ <sup>(١)</sup> ) وقال : ( وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَمَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَسْتُورًا <sup>(٢)</sup> ) ولم يرد جميعه .

قلنا : قضية اللفظ تتناول جميعه ، لأن الألف واللام للاستفراق ، وإنما حمل على بمضه بدليل ، فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ، ولأن قرينة الحال تقتضى قراءة جميعه ، لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه في قراءة القرآن بتعليق الحرية به وبجازاته على قراءته بالحرية ، والظاهر أنه لا يجزى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق . أما قراءته آية أو آيتين فلا .

(٢) سورة الإسراء آية ٤٥

(١) سورة النمل آية ٩٨

٨٦٨٤

(فصل)

فإن قال لعبد: إن شئت فأنت حر بعد موتى ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أى وقت شئت فأنت حر بعد موتى فهو تدبير بصفة ، فتنى شاء فى حياة سيده صار مدبراً بعتق بموت سيده ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى ، فدخلها فى حياته . وإن مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة ، كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار . وإن قال متى شئت بعد موتى فأنت حر ، أو أى وقت شئت بعد موتى فأنت حر ، فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت ، وقد ذكرنا أنه لا يصح ، وأن قول القاضى صحته . فعلى قوله يكون ذلك على التراخى ، فتنى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده ، لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الوصى به ، فإن فى كسبه قبل القبول وجهين :

أحدهما : أنه يكون للموصى له ، لأننا تبيننا أنه ملكه من حين الموت ، وهاهنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لأنه عتق معلق على شرط ، فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً . وذكر القاضى فى قوله : إذا شئت أو إن شئت فأنت حر بعد موتى أنه على الفور ، فإن شاء فى المجلس صار مدبراً ، وإن تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصير مدبراً بالمشيئة بعده ، بناء على قوله : اختارى نفسك ، فإن الاختيار يقف على المجلس وهذا فى معناه . وإن قال : إن شئت بعد موتى ، أو إذا شئت بعد موتى فأنت حر ، كان على الفور أيضاً ، فتنى شاء عتق بموت سيده ، أو فى المجلس صار حراً . وإن تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية . وقد ذكر فى الطلاق أنه إذا قال : أنت طالق إن شئت وشاء أبوك ، فشاء أمك ، وقع الطلاق ، سواء شاء على الفور أو التراخى ، أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخى ، وهذا مثله ، فيخرج فى كل مسألة مثل ما ذكر فى الأخرى .

٨٦٨٥

(فصل)

إذا قال لعبد: إذا مت فأنت حر أو لا ؟ أو قال : فأنت حر ؟ أو لست بحر ؟ لم يصير مدبراً ، لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق ، فأشبه ما لو قال لزوجته : أنت طالق أو لا ؟ وقد ذكرنا ذلك فى الطلاق .

٨٦٨٦

(فصل)

وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر بالتدبير إلى نصيب شريكه ، موسراً كان أو معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسرى تدبيره إذا كان موسراً ، ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه استحق العتق بموت سيده ، فسرى ذلك فيه كالاستيلاء . وللشافعى قولان كالذهبيين .

ولنا : أنه تعلق لعتق بصفة فلم يسر كتمليقه بدخول الدار ، ويفارق الاستيلاء ، فإنه آكد ، ولهذا يمتنع من جميع المال ، ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلائها ولا يجوز بيعها ، والدبر بخلاف ذلك ، فعلى هذا إذا مات الدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث ، وهل يسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقى في غير هذا للوضع ، وإن أعتق الشريك نصيبه قبل موت الدبر وهو موسر عتق وصرى إلى نصيب الدبر .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فيها وجهين . ولشافعى فيها قولان :

أحدهما : كقولنا .

والثانى : لا يسرى عتقه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن الدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر إبطاله .

ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شريكاً له في عبد فكان له ما يباغ قيمة العبد قوّم عليه قيمة المدل وأعطى شركاؤه حصصهم ، وإلا فقد عتق منه ما عتق <sup>(١)</sup> » ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذى هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لأصل له ، ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة .

(فصل)

٨٦٨٧

وإن دبر كل واحد منهما نصيبه ، مات أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير إن لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه ، وإن كان بغيره فهل يسرى لعتق إليه ؟ على روايتين ، وإن قال كل واحد منهما إذا متنا فانت حر ، فقال أبو بكر : قال أحمد : إذا مات أحدهما فنصيبه حر . وظاهر هذا أن أحدهما جمل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر ، فإنه قابل الجملة بالجملة فيصرف إلى مقابلة البهض بالبهض ، كقوله ركب الناس دوابهم ، ولبسوا ثيابهم ، وأخذوا رماحهم ، يريد لبس كل إنسان ثوبه ، وركب دابته ، وأخذ رمحه . وكذلك إن قال : أعتقوا عبيدكم ، كان معناه أعتق كل واحد عبده .

وقال القاضى : هذا تعلق للحرية بموتها جميعاً ، وإنما قال أحمد : يمتنع نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ، ولا يصح هذا ، لأنه لو كانت هذه الملة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ، ولأننا قد أبطنا هذا القول بما ذكرنا من قبل . ومقتضى قول القاضى أن لا يمتنع شيء منه قبل موتها جميعاً .

( ١ ) أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن ابن عمر (ف).

وإن قال كل واحد منهما : أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتاً ، انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت . وقد ذكرنا الخلاف في ذلك ، فإن قلنا : يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً ، وإن قلنا : لا يصح ذلك ، عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير ، وفي سرائره إلى باقيه إن كان ثمة يحتمل ذلك روايتان .

وإن قال كل واحد منهما : إذا مت قبل شريكي فنصيبني له ، فإذا مات فهو حر ، وإن مت بعده فنصيبني حر ، فقد وصي كل واحد منهما للآخر ، فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر ، فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له إن قلنا : لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت ، وإن قلنا : يصح ، عتق عليهما ، ولاؤه بينهما .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٨٨

قال ﴿ وله بيعه في الدين ﴾ .

ظاهر كلام الخرق أنه لا يباع في الدين ، وقد أوماً إليه أحمد . وقال مالك : لا يباع إلا في دين يغلب رقة العبد ، فإذا كان العبد يساوي ألفاً ، فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد . وروى عن أحمد أنه قال : أنا أرى بيع المدبر في الدين ، وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت أن أبيعه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئاً غيره ، باعه النبي صلى الله عليه وسلم لما علم حاجته ، وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقالوا : إن باعه من غير حاجة أجزأه . ونقل جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقاً في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه ، قال : له أن يبيعه محتاجاً كان إلى ذلك أو غير محتاج ، وهذا هو الصحيح .

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي . وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وأصحاب الرأي ومالك ، لأن ابن عمر رضي الله عنهما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يباع »<sup>(١)</sup> المدبر ولا يشتري ، ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد .

ولنا : ما روى جابر رضي الله عنه « أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله

(١) في سنن الدارقطني ج ٤ ص ١٣٨ عن ابن عمر « أنت النبي صلى الله عليه وسلم قال : للمدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثالث » قال الدارقطني : لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله (ف) .



عليه وسلم : من يشتريه منى ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه وقال : أنت أحوج منه ، متفق عليه . قال جابر : عبد قبطى مات عام أول في أمانة ابن الزبير .

وقال أبو إسحاق الجوزجاني : سمعت أحاديث يبيع المدبر باسقامة الطارق ، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس ، ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، ولأنه تبرع بحال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية . قال أحمد : هم يقولون من قال : غلاصى حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر ، وإن قال : غداً فله بيعه اليوم ، وإن قال : إذا مت ، قال : لا يبيعه فالموت أكثر من الأجل ، ليس هذا قياساً ، إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل محي الموت وهم يقولون فيمن قال : إن مت من مرضى هذا فعبدى حر مم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء ، وإن قال إن مت فهو حر لا يباع ، هذا متناقض ، إنما أصله للوصية من الثلث ، فله أن يغير وصيته مادام حياً ، فأما خبرهم فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما هو من قول ابن عمر . وقال الطحاوى : هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب . أما أم الولد فإن عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ، ولا يمكن إبطاله بحال ، والتدبير بخلافه ووجه قول الخرقى أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٨٩

قال ﴿ ولا تباع المدبرة في الدين إلا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى الأمة كالعبد ﴾ .

لأننا علم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير إمامنا رحمه الله ، وإنما احتاط في رواية المنع من بيعها ، لأن فيه إباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها ، فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه . والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع لاعتلى التحريم البات ، فإنه إنما قال : لا يعجبني بيعها ، والصحيح جواز بيعها ، فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ، ولأن المدبرة في معنى المدبر ، فما ثبت فيه ثبت فيها .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٦٩٠

قال ﴿ فإن اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا دبر عبده ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، عاد تدبيره ، لأنه علق عتقه بصفة ، فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة ، كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار ، ثم باعه ، ثم اشتراه . وذكر القاضى أن

هذا مبنى على أن التدبير تعليق بصفة . وفيه رواية أخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود ، لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه . ومذهب الشافعي مثل هذا ، إلا أن عود الصفة بمسد الشراء له فيه قولان ، والصحيح ما قال الخرق ، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه ، بل هو جامع للأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه .

﴿مسألة﴾

٨٦٩١

قال ﴿ولو دبره ثم قال : قد رجعت في تدبيرى ، أو قد أبطلته ، لم يبطل ، لأنه علق العتق بصفة في إحدى الروايتين ، والأخرى يبطل التدبير﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً ، فالصحيح أنه لا يبطل ، لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل ، كما لو قال لعبدى . إن دخلت الدار فأنت حر ، والثانية يبطل ، لأنه جعل له نفسه بمسد موته ، فكان ذلك وصية ، فجاز الرجوع فيه بالقول ، كما لو وصى له بمسد آخر ، وهذا قول الشافعي القديم .

وقوله الجديد كالرواية الأولى ، وهو الصحيح ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه ، لأنه لا يملك نفسه ، وإنما تحصل فيه الحرية وبسقط عنه الرق ، ولهذا لا تنفخ الحرية على قبوله ولا اختياره ، وتنجز عقيب الموت كتنجزها عقيب سائر الشروط ، ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأسيرين ، فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويحتمل أن في حصول العتق بالموت .

(فصل)

٨٦٩٢

إذا قال السيد لمدبره : إذا أدبت إلى ورثتى كذا فأنت حر ، فهو رجوع عن التدبير ، وينبنى على الروايتين ، إن قلنا : له الرجوع بالقول فظاهره أنه بطل التدبير ها هنا . وإن قلنا : ليس له الرجوع ، لم يؤثر القول شيئاً ، وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا : له الرجوع في جميعه ، لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه ، وإن غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً إن قلنا بصحة الرجوع في التدبير وإلا فلا ، وإن كان مقيداً فأطلقه صح على كل حال ، لأنه زيادة فلا يمنع منها . وإذا دبر الأخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه إن قلنا بصحة الرجوع في التدبير ، لأن إشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه . وإن دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه بإشارته للمعلومة أو كتابته ، وإن لم تفهم إشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه .

(فصل)

٨٦٩٣

وإذا رهن للدبر لم يبطل تدبيره ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من

تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه ، لأن عتقه بسبب من جهة سيده ، فأشبه ما لو باشره بالعق ناقراً .

## ( فصل )

٨٦٩٤

وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره ، لأن ملك سيده باق عليه ، ويصح تصرفه فيه بالعق والهبة والبيع إن كان مقدوراً عليه ، فإن سباه المسلمون لم يملكوه ، لأنه مملوك لمصوم ، ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمه ويستتاب ، فإن تاب وإلا قتل . وإن لم يعلم به حتى قسم لم يرد إلى سيده في إحدى الروايتين .

والأخرى : إن اختار سيده أخذه بالنن الذي حسب به على أخذه أخذه ، وإن لم يختار أخذه بطل تدبيره ، ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره ، وإن لم يعد إلى سيده بطل تدبيره ، كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو في يده . وإن مات سيده قبل سببه عتق ، فإن سبه بعد هذا لم يرد إلى ورثة سيده ، لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ، ولكن يستتاب ، فإن تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الفانين وإن لم يبق قتل ولم يجر استرقاقه ، لأنه لا يجوز إقراره على كفره . وقال القاضي : لا يجوز استرقاقه إذا أسلم ، وهو قول الشافعي ، لأن في استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذي أعتقه .

ولنا : أن هذا لا يمنع قتله وإذهاب نفسه وولائه ، فلأن لا يمنع تملكه أولى ، ولأن المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للفانين إذا لم يعرف ماله بيمينه ، ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بالملك ، والملك أكد من الولاء ، فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى .

فعل هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ، ثم قدر عليه المسلمون فسبوه مملوكه وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لا يملكونه . فإن كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي . ولأصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهذا حجة عليهم ، لأن عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه ، سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة .

وقال القاضي : الفرق بينهما أن سيده هاهنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاء تملك عتقه بخلاف المسلم .

قلنا : إذا جاز استرقاق سيده لئواله وذهاب ماله وهو ذمته وعهده ، وأما إذا ارتد مدبره

فإن عصمة ولاته ثابتة بمصمة من له ولاؤه ، وهو والمسلم في ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولأه أحدهما جاز في الآخر مثله .

### ( فصل )

٨٦٩٥

فإن ارتد سيد المدبر ، فذكر القاضي أن المذهب أنه يكون موقوفاً ، فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله ، لأننا تبيننا أن ملكه لم يزل ، وإن قتل أو مات على رده لم يعتق المدبر ، لأننا تبيننا أن ملكه زال برده .

وقال أبو بكر : قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة ، فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير . وقال الشافعي : التدبير باق ويعتق بموت سيده ، لأن تدبيره سبق رده فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده . وهذا ينبغي على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده ؟ وقد ذكر في باب المرتد . فأما إن دبر في حال رده فتدبيره مراعى ، فإن عاد إلى الإسلام تبيننا أن تدبيره وقع صحيحاً ، وإن قتل أو مات على رده تبيننا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر .

وقال ابن أبي موسى : تدبيره باطل ، وهذا قول أبي بكر ، لأن الملك عنده يزول بالردة ، وإذا أسلم رد إليه تملكاً مستأنفاً .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٦٩٦

قال : ﴿ وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها ﴾ .

وجملته : أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين :

أحدهما : أن يكون موجوداً حال تدبيرها ، وبطلان ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير ، فهذا يدخل معها في التدبير بلا خلاف نعمه ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها ، فإن بطل التدبير في الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد ، لأنه ثبت فيه أصلاً .

الحال الثاني : أن تحمل به بعد التدبير ، فهذا يتبع أمه في التدبير ، ويكون حكمه حكمهما في المعتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي .

وذكر القاضي : أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد للمدبرة عبد إذا لم يشترط المولى . قال : فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء ، وللشافعي قولان كالمذهبين :

أحدهما : لا يتبعها ، وهو اختيار المزني ، لأن عتقها معاق بصفة تثبت بقول المعتق وحده ، فأشبهت من

علق عتقها بدخول الدار . قال جابر بن زيد : إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت فإن ثمرته لك ما عشت ، ولأن التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها .

ولنا : ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا : ولد المدبرة<sup>(١)</sup> بتمرتها ، ولم نعرف لم من الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، ولأن الأم استعقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ، ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منهما ، لأنه اجتمع فيه الأمران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه . فعلى هذا إن بطل التدبير في الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ، ويعتق بموت سيدها كالو كانت أمه باقية على التدبير . فإن لم يتسع الثلث لما جميعاً أفرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق إن احتمله الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث . وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كل من الآخر ، كالودبر عبداً وأمة معاً . وأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافاً في أنه لا يتبعها ، لأنه لا يتبع في العتق المنجز ، ولا في حكم الاستيلاء ، ولا في الكتابة ، فلأن لا يتبع في التدبير أولى . قال اليموني : قلت لأحمد : ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها ؟ قال : لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك ، إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت . وقال حنبل : سمعت حمى يقول في الرجل يدبر الجارية ولما ولد ؟ قال : ولدها معها ، وجمل أبو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها ، وهذا بعيد ، والظاهر أن أحمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها ، وإنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية ، فإن ولدها الموجود لا يتبعها في عتق ، ولا كتابة ، ولا استيلاء ، ولا بيع ، ولا هبة ، ولا رهن ، ولا شيء من الأسباب الناقلة للملك في الرقبة .

## ( فصل )

٨٦٩٧

فإن علق عتق أتمته بصفة نظرنا ، فإن كانت حاملاً حين التعليق تبعها فيه ، لأنه كمضو من أعضائها ، وإن كانت حاملاً حين وجود الصفة عتق معها لذلك . وإن حمات بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ، لم يتبعها في الصفة ولم يتمت بوجودها : وفيه وجه آخر : أنه يتمت بها ويتبع أمه في ذلك . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ووجه اتباعه إياها أنها استعقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة .

ولنا : أنه يملكها ملكاً كاملاً ، ويباح له التصرف في رقبته بأنواع التصرفات بغير خلاف ، فلم يتمت

( ١ ) روى عبد الرزاق في ( مصنفه ) أخبرنا معمر عن سميد بن عبد الرحمن الحبيبي عن يزيد بن عبد الله بن

قسيط عن ابن عمر قال « ولد للدبر بمنزلة » وأخرج عن الثوري وابن السيب نحوه ( ف )

ولدها بمقتضا كالوصى بمقتضا أو الموكل فيه ، وتفارق الدبرة ، فإن التدبير آكد لما ذكرنا . ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها .

## ( فصل )

٨٦٩٨

فأما ولد الدبرة ، فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً . وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهرى والأوزامى واليث . وذلك لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ، وإن نسرى بإذن سيده فولد له أولاد ، فروى عن أحد أنهم يتبعونه في التدبير .

وروى ذلك عن مالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن إباحة النسرى تنهى على إثبات الملك ، وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها ، كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فينتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته .

## ( فصل )

٨٦٩٩

وإذا ولدت للدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع ، لم يتبعها ولدها ، لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ، ففي الرجوع أولى ، وإن رجع في تدبيره وحده جاز ، لأنه إذا جاز الرجوع في الأم للبشارة بالتدبير ، ففي غيرها أولى ، وإن رجع في تدبيرها جاز . كالمودبرها وابنها المنفصل . وإن دبرها حاملها ثم رجع في تدبيرها حال حملها ، لم يتبعها الولد في الرجوع ، لأن التدبير إعتاق ، والإعتاق مبنى على التفليب والسراية والرجوع منه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه . وهذا كقول ولد له توأمان فأقر بأحدهما لزماه جميعاً ، وإن نفى أحدهما لم ينفذ الآخر ، وإن رجع فيهما جميعاً جاز ، وإن رجع في أحدهما دون الآخر جاز ، وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز ، لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه ، فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ، ولأنه تعلبى للعقب بصفة ، فجاز في أحدهما دون الآخر ، كالتعاقب بدخول الدار ، وإن دبر أمته ثم قال : إن دخلت الدار فقد رجعت في تدبيرى لم يصح ، لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة . وإن قال : كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

## ( فصل )

٨٧٠٠

وإذا اختلفت للدبرة وورثة سيدها في ولدها ، فقالت : ولدتهم بعد تدبيرى فمقتوا معى ، وقال الورثة : بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا . فالتقول قول الورثة مع أيمانهم ، لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم ، فإذا لم تكن بينة ، فالتقول قول من يوافق قوله الأصل .

## ( فصل )

٨٧٠١

وكسب المدبر في حياة سيده سيده ، وله أخذه منه ، لأن التدبير لا يخرج عن شبهة الوصية بالعقب ،

أو بالتعليق له على صفة ، أو بالاستيلاد ، وكل هؤلاء كتبهم لسيدهم فكذلك المدبر ، فإن اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه . فقال : كتبته بعد حريتي ، وقالوا : بل قبل ذلك . فاقول قوله ، لأنه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقاً لهم ، فإن أقام كل واحد منهما بيعة بدعواه ، قدمت بيعة الورثة عند من يقدم بيعة الخارج ، وبيعة المدبر عند من يقدم بيعة الداخل ، وإن أقر للمدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته . فاقول قول الوارث ، لأن الأصل معهم ، فإن أقام المدبر بيعة بدعواه قهات ، وتقدم على بيعة الورثة إن كانت لهم بيعة ، لأن بيعة المدبر تشهد بزيادة . وإن لم يقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده فأقام الورثة بيعة به ، فهل تسمع بيعتهم ؟ على وجهين .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٠٢

قال : ﴿ وله إصابة مدبرته ﴾ .

يعنى له وطؤها . روى عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤها ، وعن رأى ذلك ابن عباس وسعيد ابن المسيب وعطاء والنورى والنخعي ومالك والأوزاعي والليث والشافعي . قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري . وحكى عن الأوزاعي أنه كان يقول : إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده ، وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها .

ولنا : أنها بملكوته لم تشتت نفسها منه فحل له وطؤها : أقول لله تعالى : ( أَوْ مَمْلُوكَاتٍ أَيْمَانُهُمْ فَلَهُمْ فَوَيرُ مَاؤُونِ <sup>(١)</sup> ) وكأى الولد .

## ( فصل )

٨٧٠٣

وابنة المدبرة كأمها في حل وطئها إن لم يكن وطئ أمها . وعنه ليس له وطؤها ، لأن حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد للكاتبة .

ولنا : أن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآبة وكأى ، واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبة فالخفت بأما ، وأما يحرم وطؤها فكذلك ابنتها ، وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها . وكلام أحمد محمول على أنه وطئ أمها فحرمت عليه لذلك .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٠٤

قال : ﴿ ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين ، أو شاهد ويمين العبد ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة ، لأنه يدعى استحقاق العتق . ويحتمل أن لا تصح الدعوى ، لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة إنكار الوصية ، وإنكار الوصية رجوع

(١) سورة المؤمنون آية ٦ :

عنها في أحد الوجهين ، فيكون إنكار التدبير رجوعاً عنه ، والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى . والصحيح أن الدعوى صحيحة ، لأن الصحيح أن الرجوع عن التدبير لا يبطله ، وأو أبطله فما ثبت كون الإنكار رجوعاً ، ولو ثبت ذلك فلا يتمين الإنكار جواباً للدعوى ، فإنه يجوز أن يكون جوابها إقراراً .

فإذا ثبت هذا ، فإن السيد إن أقر فلا كلام ، وإن أنكر ولم تكن للعبد بينة فاقول قول للسكر مع يمينه ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت للعبد بينة حكم بها ، ويقبل فيه شاهدان عدلان بلا خلاف ، وإن لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه ، أو شاهد وامرأتان فقيه روایتان :

إحداها : لا يحكم به ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الثابت به الحرية ، وكال الأحكام ، وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال ، فأشبهه النكاح والطلاق .

والثانية : يثبت بذلك ، لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبهه البيع ، وهذا أجود ، لأن البينة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه ، وهي في حقه لإزالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا ، وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ، ولأن المتق مما يتشوف إليه ويبقى على التغليب والسراية ، فينبغي أن يسهل طريق إثباته . وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كالألو كان الخلاف مع السيد ، إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف ، لأنهم لا يملكون الرجوع ، وأيمانهم على نفي العلم ، لأن الخلاف في فعل موروثهم ، وأيمانهم على نفي فعله ، وتجب اليقين على كل واحد من الورثة ، ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه ، وكذلك إن أقر ، لأن إعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٧٠٥

قال : ﴿ وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر ، عتق من المدبر ثلثه ، وكلما اقتضى من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء ، عتق من المدبر مقدار ثلثه ، كذلك من يعتق الثلث حتى كله ﴾ .

وجلة ذلك : أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواء بقي بثلاثي ماله إلا أنه غائب ، أو دين في ذمة إنسان لم يمتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين ، فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولم تلتهاها ، فلا يجوز أن يحصل على جميعها ، ولكنه يتجزئ عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين ، لأن ثلثه حر على كل حال ، لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء ، فيكون



العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه . وكلما اقتضى من الدين شيء ، أو حضر من الغائب شيء ، عتق من المدبر قدر ثلثه .

فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني ، فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاءه ، لأن الخاضع من المال يخرج المدبر كله من ثلثه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفي من الدين شيء ، أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه ، لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم ، فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثله ، فإن تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وملسكوا ثلثيه ، لأن العبد صار جميع التركة ، وهذا لا يصح ، لأن ثلث العبد خارج من الثلث بيقيناً ، وإنما الشك في الزيادة عليه . وما خرج من الثلث بيقيناً يجب أن يكون بيقيناً حراً ، لأن التدبير صحيح ، ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ، ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضى له وعدم المائدة في وقفه لا معنى له . وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه . ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء ؟

ولو كان الدين مؤجلاً فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال ، وتأخر استيفاء الثلثين إلى الأجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي إلى اليسرة ، ولأن تأخير عتق الثلث لا فائدة للورثة فيه ، ويفوت نفعه للمدبر ، فينبغي أن لا يثبت .

فإذا ثبت هذا فإن العبد إذا عتق كله بقدم الغائب ، أو استيفاء الدين ، تبيننا أنه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له ، لأنه إنما عتق بالتدبير ، ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت ، وإنما وقفناه للشك في خروجه من الثلث ، فإذا زال الشك تبيننا أنه كان حاصلاً قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبيننا أنه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال .

### ( فصل )

٨٧٠٦

وإن كان المدبر عبيدين وله دين ، يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله ، أقرعنا بينهما ، فيعتق بمن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الآخر موقوفاً ، فإذا استوفى من الدين شيء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه ، وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يمتقا جميعاً ، أو مقدار الثلث منهما . وإن

تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثهما . وإن خرج الذى وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه .

## (فصل)

٨٧٠٧

وإذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً ، عتق ثلثه ، ورق ثلثه ، ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي . وإذا كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين .

## (فصل)

٨٧٠٨

وإن دبر عبده وقيمته مائة ، وله ابنان ، وله مائتان ديناً على أحدهما ، عتق من المدبر ثلثاه ، لأن حصته الذى عليه الدين منه كالمتوفى ، ويسقط عن الذى عليه الدين منه نصفه ، لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه . وإن كانت المائتان ديناً على الإبنين بالسوية عتق المدبر كله ، لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه ، وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته .

## (فصل)

٨٧٠٩

فإن دبر عبداً قيمته مائة ، وخلف ابنين ومائتى درهم ديناً له على أحدهما ، ووصى لرجل بثالث ماله ، عتق من المدبر ثلثه ، وسقط عن الغريم مائة ، وكان للوصى له سدس العبد وللإبنين ثلثه ، ويبقى سدس العبد موقوفاً ، لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم ، وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين ، فحصة المدبر منه ثلثه يمتق فى الحال ويبقى له السدس موقوفاً ، فكلما اقتضى من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ، ويكون المستوفى بين الإبنين والوصى أثلاثاً ، فإذا استوفيت كلها حصل للإبن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه ، وكل فى المدبر عتق نصفه ، وحصل للوصى سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه ، وإن كان الدين على أجنبى لم يمتق من المدبر إلا سدسه ، لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الآخر ، وللوصى سدسه ، ولكل ابن سدسه ، ويبقى ثلثه موقوفاً ، فكلما اقتضى من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه ، وكان المستوفى بين الإبنين والوصى أسداساً ، للوصى سدسه ولهما خمسة أسداسه ، فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ، ويحصل للوصى سدس المائتين وسدس العبد ، وهو قدر حقه ، ويمتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه .

## ﴿مسألة﴾

٨٧١٠

قال: ﴿وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزاً إذا كان له عشر سنين فصاعداً وكان يعرف التدبير . وما قلته فى الرجل والمرأة مثله إذا كان لها تسع سنين فصاعداً﴾ .

وجملته : أن تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة ، وهذا إحدى الروايتين عن مالك ، وأحد قول الشافعي .  
قال بعض أصحابه : هو أصح قوليه .

وروى ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وأبو حنيفة : لا يصح تدبيره كالجنون ، وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي ، لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالجنون .

ولنا : ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن أبي بكر بن محمد أن غلاماً من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان بأرض يقال لها بِشْرُ جُشَم<sup>(١)</sup> قَوِّمَتْ بثلاثين ألفاً ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز الوصية . قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة .

وروى أن قوماً سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصبي لبنت عمه ، فأجاز عمر وصيته ، ولم يعرف له مخالفاً ، ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين ، لأنه ما دام باقياً لا يلزمه ، فإذا مات كان ذلك صلة وأجراً ، فصح كوصية المحجور عليه لسنه ، ويخالف العتق ، لأن فيه تفويت ماله عليه في حياته ووقت حاجته . فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي صلى الله عليه وسلم : « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع<sup>(٢)</sup> » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها : إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة . وروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً ، ولأنه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك .

( ١ ) في موطأ مالك ج ٢ ص ١٣١ « عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرق أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن هاهنا غلاماً يفاعاً لم يحتمل من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له . قال عمر بن الخطاب : فليوص لها ، قال : فأوصى لها بما يقال له : بثر جشم . قال عمرو بن سليم : فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم » وفيه أيضاً « عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقبل له : إن فلاناً يموت أفيوس ؟ قال : فليوص . قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة . قال : فأوصى ببشر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم »

يفاع : بزنة سحاب أى مرتفع (ف)

( ٢ ) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمرو (ف)

٨٧١١

( فصل )

ويصح منه الرجوع إن قلنا بصحة الرجوع من المكلف ، لأن من صحت وصيته صح رجوعه كالمكلف ، وإن أراد بيع المدبر قام وليه في بيعه مقامه ، وإن أذن له وليه في بيعه فباعه صح منه .

٨٧١٢

( فصل )

ويصح تدبير المحجور عليه لصفه ووصيته لما ذكرنا في العصى ، ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره ، لأنه لا يصح شيء من تصرفاته ، وإن كان يحسن يوماً ويفيق يوماً صح تدبيره في إفاقته .

٨٧١٣

( فصل )

ويصح تدبير الكافر ذمياً كان أو حربياً في دار الإسلام ودار الحرب ، لأن له مالاً صحيحاً ، فصح تصرفه فيه كالمسلم .

فإن قيل : لو كان ماله صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره .

قلنا : هذا لا ينافي الملك ، بدليل أنه يملك في الكساح وملك زوجته عليه بغير اختياره ، ومن عليه الدين إذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا ، فإن أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ماله عنه وأجبر عليه ، لئلا يبقى الكافر مالاً كالمسلم كغير المدبر ، ويحتمل أن يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه ، فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، بناء على أن بيع المدبر غير جائز ، ولأن في يومه إبطال سبب العتق وإزالة غرضيته ، فكان إبقاؤه أصلح فتمين كأم الولد ، فإن قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره ، وإن قلنا بترك في يد عدل فإنه يستغيب من يتولى استعماله واستكسابه ، وينفق عليه من كسبه وما فضل فليسيده ، وإن لم يف بنفقته فالباقي على سيده ، وإن اتفق هو وسيده على الخارجة جاز ، وينفق على نفسه مما فضل من كسبه ، فإذا مات سيده عتق إن خرج من الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، ويبيع الباقي على الورثة إن كانوا كفاراً . وإن أسلموا بعد الموت ترك ، وإن رجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه ، وإن كان المدبر كسباً وأراد أن يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك ، وإن كان قد أسلم منع منه ، لأننا نحول بينه وبينه في دار الإسلام ، فأولى أن يمنع من التمكن به في دار الحرب .

٨٧١٤

﴿مسألة﴾

قال: ﴿وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره﴾.

إنما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعتنين :

أحدهما : أنه قصد استمجال العتق بالقتل المحرم ، فعوقب بنفقيص قصده وهو إبطال التدبير ، كمنع الميراث بقتل الموروث ، ولأن العتق فائدة تحصل بالموت ، فتنتفى بالقتل كالإرث والوصية .

والثاني : أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ، ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونه أكد ، فإنها صارت بالإستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ، ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره ، والإرث نوع من النقل ، فلو لم تعتق بموت سيدها لانتقل الملك فيها إلى الوارث ، ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ، ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها ، وهذا أكد من القول ، ولهذا انعقد استيلاء المجنون ولم ينفذ إعاقته ولا تدبيره ، وسرى حكم استيلاء العسر إلى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق ، وعتقت من رأس المال ، والتدبير لا ينفذ إلا في الثابت ولا يملك الفرءاء إبطال عتقها وإن كان سيدها مفلساً ، بخلاف المدبر . ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه ، كالم يلزم إلحاقه به في هذه المواضع التي اختلف فيها .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ ، كالا فرق بين ذلك في حرمان الإرث وإبطال وصية القاتل .

(فصل)

٨٧١٥

فأما سائر جنائياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره ، لسكن إن كانت جنابة موجبة للمال أو موجبة لاقصاص فمعا الولي إلى مال تعاق للمال برقبته ، فمن جواز بيعه جمل سيده بالخيار بين تسليمه فيبيع في الجنابة وبين فدائه ، فإن سلمه في الجنابة فبيع فيها بطل تدبيره ، وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره ، وإن اختار فدائه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ، ومن لم يجز بيعه حين فدائه على سيده كأم الولد ، وإن كانت الجنابة موجبة لاقصاص فاقصص منه في النفس بطل تدبيره ، وإن اقتصص منه في الطرف فهو مدبر بحاله .

وإذا مات سيده بعد جنابته وقبل استيفائها عتق على كل حال ، سواء كانت موجبة للمال أو القصاص ، لأن صفة العتق وجدت فيه ، فأشبه ما لو باشره به . فإن كان الواجب قصاصاً استوفى ، سواء كانت جنابته على عبد أو حر ، لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه ، فلا يسقط بحديث الحرية فيه . وإن كان الواجب عليه مالا في رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرض جنابته ، وإن جنى على المدبر فأرث الجنابة لسوئه . فإن كانت الجنابة على نفسه وجهت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه .

فلان قيل : فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد الموهون والموقوف إذا جنى عليه ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن كل واحد من الوقف والرهن لازم ، فتعلق الحق ببذله ، والتدبير غير لازم ، لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببذله .

الثاني : أن الحق في التدبير المدبر ، فبطل حقه بفوات مستحقته ، والبذل لا يقوم مقامه في الاستحقاق . والحق في الوقف للموقوف عليه ، وفي الرهن للرتن وهو باق ، فيثبت حقه في بدل محل حقه .

الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده ، فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له ، فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف ، فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما . وبين الرهن والمدبر فرق رابع ، وهو أن الواجب القيمة ، ولا يمكن وجود التدبير فيها ، ولا قيامها مقام المدبر فيه . وإن أخذ عبداً مكانه فليس هو البذل ، إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن ، فإن القيمة يجوز أن تكون رهناً . فإن قيل : فهذا يلزم عليه الموقوف ، فإنه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وفقاً مكانه .

قلنا : قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة ، وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

### ( فصل )

٨٧١٦

وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز ، نص عليه أحمد . وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن . ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال : دبرت امرأة من قريش خادماً لها ، ثم أرادت أن تكاتبه ، قال : فكنت الرسول إلى أبي هريرة ، فقال : كاتبيه ، فإن أدى كتابته فذاك ، وإن حدث بك حدث عتق . قال : وأراه قال : على ما كان عليه له .

ولأن التدبير إن كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار ، وإن كان وصية لم يمنعها ، كالموصى بعتقه ثم كاتبه ، ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب .

وذكر القاضي : أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا : هو وصية ، كالموصى به لرجل ثم كاتبه ، وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد ، وهو غير صحيح في نفسه ، ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منها جميعاً العتق ، فإذا اجتمعا كان أكد لحصوله ، فإنه إذا طأت عتقه

من أحدهما حصل بالآخر ، وأيهما وجد قبل صاحبه حصل المتيق به ، ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للمتيق ، والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ، ولا يجتمعان .

إذا ثبت هذا : فإنه إن أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن خرج من الثلث وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فإن أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي .

## كتاب المسكاتب

الكتابة : إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي مؤجلاً ، سميت كتابة لأن السيد يكتب بيده وبينه كتاباً بما اتفقا عليه . وقيل : سميت كتابة من الكتب وهو الضم ، لأن المسكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ، ومنه سمي الخرز كتاباً ، لأنه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه . وقال الحريري :

وَكَاثِبِينَ وَمَا خَطَّتْ أَنْامِلُهُمْ حَرَفًا وَلَا قَرَأُوا مَا خُطَّ فِي الْكُتُبِ

وقال ذو الرمة في ذلك المعنى :

وَفَرَاءَ غَرْفِيَةِ أَنْأَى خَوَارِزَهَا مُشَلَّشٌ ضَيْعَتُهُ بَيْنَهَا الْكُتُبُ<sup>(١)</sup>

بصف قربة يسيل الماء من بين خرزها . وسميت السكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض . والمسكاتب

( ١ ) هذا البيت لدى الرمة وقبله

ما بال عينك منها للماء ينسكب . . . كأنه من كلى مفرية سرب  
وبله بيت للمعنى ونصه كما في ديوانه :

وفراء غربية أنأى خوارزها . . . مشلش ضيعته بينها الكتب

وقد حرف في المعنى والشرح الكبير طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٣٨ والفق ج ٩ ص ٤١١ ففيها نشر ( عرفة ) والصواب ( غربية ) ، ( أنأى ) والصواب ( أنأى ) ، ( منمنته ) والصواب ( ضيعة ) ومعنى ( كلى ) يضم الكتاف وفتح اللام مقصور : جليلة مستديرة مشدودة العروة قد خرزت مع الأديم تحت عروة الزادة

المفرية : بفتح اليم وسكون الفاء وكسر الراء بعدها ياء مشددة : للزادة ، السرب : بفتح السين والراء : الماء الذي يخرج من عيون خرز القربة الجديدة ، وفراء : وافرة الجلد تامة لم ينقص من أديمها شيء .

غربية : بفتح الغين وسكون الراء وفتح الفاء بعدها ياء مشددة للنسب ؛ أى مزادة مدبوغة بالفرف وهو

ما يدبغ به الجلود من شجر معروف في البادية

أنأى : جمع الخرزتين فصارتا واحدة فيفسد كل خرزة بانساع خرهما

الخوارز : جمع خارزة

مشلش : نعت لسرب أى متصل القطر

الكتب : الخرز وزناً ومعنى واحدها ( كتبة ) مثل غرفة وغرف . انظر الأما إلى ٢٤٧/٢ وسمط الآلى ٨٦٩

ولسان العرب ١/٧٠٠ ، ٥/٢٨٨ ، ٩/٢٦٦ ، ١١/٣٦٣ ، ١٤/١٠٦ ، ١٥/١٥٣ ، ٢٣٠٠ ( ف ) .



يضم بعض نجومه إلى بعض ، والنجوم هاهنا الأوقات المختلفة ، لأن العرب كانت لا تعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات بطولوع النجوم ، كما قال بعضهم :

إِذَا سَمَّيْتُمْ أَوَّلَ الْآبِلِ طَلَعَ قَابُ الْقُبُونِ الْحَقُّ وَالْحَقُّ جَذَعٌ<sup>(١)</sup>

فسميت الأوقات نجومًا .

والأصل في الكتابة : الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا)<sup>(٢)</sup> .

وأما السنة ، فما روى سميد عن سفيان عن الزهري عن نيهان مولى أم سلمة عن أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إِذَا كَانَ لِأَحَدٍ كُنْ مُسْكَاتَبٌ فَلَمَّا مَا يُؤَدَّى فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »<sup>(٣)</sup> .

وروى سهل بن حنيف « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعان غارماً أو غارياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله »<sup>(٤)</sup> في أحاديث كثيرة سواها .

وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة .

### (فصل)

٨٧١٧

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استعجب له إجابته إذا علم فيه خيراً ، ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب ، وهو قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكاتب الصدوق سيده إليها فعليه إجابته ، وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود . وقال إسحاق : أخشى أن يأتى إن لم يفعل ، ولا يجبر عليه ، ووجه ذلك قول الله تعالى (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا)<sup>(٥)</sup> وظاهر الأمر الوجوب .

(١) البيت في لسان العرب ج ١١ ص ٣٥٠

إذا سهيل مطلع الشمس طلع قَابُ الْقُبُونِ الْحَقُّ وَالْحَقُّ جَذَعٌ

قال : « يقال إنه يطلع عند تاج الإبل فإذا حالت السنة تحولت أسنان الإبل » وفيه ج ١٠ ص ٥٤ (إذا سهيل مغرب الشمس طلع) (ف)

(٢) سورة النور آية ٣٣ .

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والحاكم والبيهقي عن أم سلمة (ف)

(٤) « من أعان مجاهداً في سبيل الله أو غارماً في عسرته أو مكاتباً في رقبته أظله الله في يوم لا ظل إلا

ظله » أخرجه أحمد والحاكم عن سهل بن حنيف (ف)

(٥) سورة النور آية ٣٣ .

وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان هبداً لأنس بن مالك ، فسأله أن يكانبه فأبى ، فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك ، فرفع الهمزة على أنس وقرأ عليه ( وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا )<sup>(١)</sup> فكانبه<sup>(٢)</sup> أنس .

ولنا : أنه إعتاق بموضع فلم يجب كالاستعفاء ، والآية محمولة على الندب . وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ، ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا يجب إجابته .

قال أحمد : الخبير صدق وصلاح ووفاء بمال المكتوبة . ونحو هذا قال إبراهيم وعمر بن دينار وغيرهما وعبارتهم في ذلك مختلفة .

قال ابن عباس : غنى وإعطاء للمال .

وقال مجاهد : غنى وأداء .

وقال النخعي : صدق ووفاء .

وقال عمرو بن دينار : مال وصلاح .

وقال الشافعي : قوة على الكسب وأمانة .

وهل تذكره كتابة من لا كسب له أو لا ؟

قال القاضي : ظاهر كلام أحمد كراهيته . وكن ابن عمر رضي الله عنه يكرهه ، وهو قول مسروق والأوزاعي . ومن أحمد رواية أخرى أنه لا يكرهه ، ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم ، لأن جويرية<sup>(٣)</sup> بنت الحارث كانت ثابت بن قيس بن شماس لأصهارى ، فأتت النبي صلى الله

(١) - سورة النور آية ٣٣ .

(٢) أخرجه البخاري عن موسى بن أنس (ف)

(٣) عن عائشة رضي الله عنها قالت : وقعت جويرية بنت الحارث بن الصطلق في سهم ثابت بن قيس بن شماس أو ابن عم له فكانت على نفسها ، وكانت امرأة ملاحه تأخذها العين قالت عائشة رضي الله عنها : فجاءت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابتها ، فلما قامت على الباب فرأيتها كرهت مكانها وعرفت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سعى منها مثل الذي رأيت فقالت : يا رسول الله أنا جويرية بنت الحارث وأنا كان من أمري ما لا يخفى عليك وإني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس وإني كُتبت على نفسي فجئت أسألك في كتابتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فم لك إلى ما هو خير منه ؟ قالت : وما هو : يا رسول الله ؟ قال أؤدى عنك كتابتك وأزورك ، قالت : قد نعمت . قالت : فسمع الناس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فأرسلوا - يعني - مائة أيديهم من الحج فاعتقوهم وقلوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما رأينا امرأة كانت

عليه وسلم تستعينه في كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها . واحتج ابن المنذر بأن بريرة كانت ولا حرفة لها ، ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ووجه الأول ما ذكرنا في عتقه .

وينبغي أن ينظر في الكتاب ، فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيق له جزؤه عن الإنفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته . وإن كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته ، للحصول للنفع بالحرية من غير ضرر .

فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل ومال ، وكانت ابنة سيد قومه ، فإذا عتقت رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصارت إحدى أمهات المؤمنين ، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها ، وقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها .

وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك ، وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في كراهته .

وقال مسروق : إذا سأل المبد مولاة المكاتب ، فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته .

### (فصل)

٨٧١٨

ولا تصح الكتابة إلا لمن يصح تعرفه ، فأما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيةهما ، ولا مكاتبته سيدهما لها . وأما العبي المميز فإن كاتب عبده بإذن وليه صح ، وبمقتل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ، ولأن هذا عقد إعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال . فأما إن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال ، وإن كان المميز سيده صح ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح فيهما جميعاً بحال ، لأنه ليس بمكلف فأشبه المجنون .

ولنا : أنه يصح تعرفه وبيعه بإذن وليه ، فصحت منه الكتابة بذلك كالسكك . ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى ( وَابْتَلُوا الْيَقَامِي حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ )<sup>(١)</sup> والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف

= أعظم بركة على قومها منها ، أعتق في سبيلها مائة أهل بيت من بني المصطلق ، أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٤٧

ملاحظة : بضم اللام وتشديد اللام : بالغة الحسن والجمال والبهجة . (ف)

(١) سورة النساء آية ٦

إليه ، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يفن في بيته وشرائه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبد المير إذن له في قبولها .

إذا ثبت هذا : فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً ، فلا حكم انصرفه ولا قوله . وإن كاتب المكاف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة ، لأنه لا حكم لقولها ، ولكن إن قال : إن أدبنا إلى فأنبأ حران ، فآديا ، عتق بالصفة لا بالكتابة ، وما في أيديهما لسيدهما ، وإن لم يقل ذلك لم يعتقا . ذكره أبو بكر . وقال القاضي : يعتقان ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق هاهنا بالصفة المحضة ، كالمو قال : إن أدبت إلى فأنت حر .

ولنا : أنه ليس بصفة صريحاً ولا معنى ، وإنما هو عقد باطل ، فأشبهه البيع الباطل .

### ( فصل )

٨٧١٩

وإذا كاتب الذي عبده المسلم صح ، لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة ، وكلاهما يصح منه . وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد ، فإن كان موافقاً للشرع أمضاه ، سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده . وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون الموضع خراً أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل :

أحدها : أن يكونا قد تقابضا حال الكفر ، فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل ، لأن ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق ، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده .

الثانية : تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضاً ، لأن هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المفقودة في الإسلام على ما سذكره إن شاء الله تعالى .

الثالثة : ترافعا قبل قبض الموضع الفاسد أو قبض بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها ، لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ، ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه ، لأن التغليب لحكم الإسلام . وقال أبو حنيفة : إذا كاتبه على خمر ثم أسلم لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر ، لأن الكتابة كالنكاح . ولو أمهرها خراً ثم أسلم بطل الخمر ولم يبطل النكاح .

ولنا : أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً ، فإذا أسلم قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ، ويفارق النكاح ، فإنه لو عقده المسلم بغيره كان صحيحاً ، وإن أسلم مكاتب الذي لم تنسخ الكتابة ، لأنها وقعت صحيحة ، ولا يجبر على إزالة ملكه ، لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه ، فإن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ . وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة ، لأن الشراء

باطل ولم يثبت له به ملك . وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته ، لأنه يلزمه إزالة ملكه عنه ، والكتابة لا تزيل الملك ، فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم . وقال القاضي : له كتابته ، لأنه يخرج بها عن تصرف سيده فيه ، فإن عجز عاد رقيقاً قفاً وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

## ( فصل )

٨٧٢٠

وإن كاتب الحربى عبده صححت كتابته ، سواء كان فى دار الحرب أو دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يصح ، لأن ملكه ناقص . وحكى عن مالك أنه لا يملك بدليل أن المسلم يملكه عليه . ولنا : قول الله تعالى ( وَأَوْزَيْنَاكُمْ أَرْضَهُمْ وَأَرْضَهُمْ )<sup>(١)</sup> وهذه الإضافة إليهم تقتضى صحة أملاكهم ، فتقتضى صحة تصرفاتهم ، فإذا ثبت هذا فإذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين إلينا لم يتعرض الحاكم لهما ، وإن ترافعا إليه نظر بينهما ، فإن كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها ، وإن كانت فاسدة بين لهما فسادها ، وإن جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة ، لأن العبد إن قهر سيده ملكه ، فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده ، وإن قهره السيد على إبطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت ، لأن دار الكفر دار قهر وإباحة .

ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه ، وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر فى دار الإسلام لم تبطل الكتابة ، وكانا على ما كانا عليه قبله ، لأن دار الإسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر إلا بالحق . وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع إلى دار الحرب لم يمنعا . وإن أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر ، لأنه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه ، وإنما له فى ذمته حق ، ومن له فى ذمة غيره حق لا يملك إجباره على السفر معه لأجله ، ويقال للسيد : إن أردت الإقامة فى دار الإسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم إن كانت مدتها طويلة ، وإن أردت توكيل من بقبض لك نجوم الكتابة فافعل ، فإذا أدى نجوم الكتابة عتق ، ثم هو بخير إن أحب أن يقيم فى دار الإسلام عقد على نفسه الذمة ، وإن أحب الرجوع لم يمنع ، وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد إلى سيده ، والأمان له باق ، لأنه من مال سيده ، وسيده عقد الأمان لنفسه وماله ، فإذا انتقض الأمان فى نفسه بعوده لم ينتقض فى ماله .

وإن كاتبه فى دار الحرب قهر ودخل إلينا بطلت الكتابة ، فإن ملكه زال عنه بقهره على نفسه ، فأشبه ما لو قهره على غيره من ماله ، وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا بإذن سيده فالكتابة

( ١ ) سورة الأحزاب آية ٢٧

بها، لأنه لم يقهر سيده ، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة إلى ورثته ، كالومات حتف أنفه ، وإن من عليه الإمام أو فاداه أو هرب فالكتابة بها ، وإن استرقه الإمام فالمكاتب موقوف إن عتق سيده فالكتابة بها ، وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته ، يعتق بأدائه إليهم وولاؤه لهم ، وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه ، وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ، ويعتق المكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء .

وقال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضي : يكون موقوفاً ، فإن عتق سيده فهو له ، وإن مات على رقه فهو للمسلمين ، وإن كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبت الولاء عليه فقال القاضي : يكون ولاءه موقوفاً فإن عتق السيد كان الولاء له ، وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء ، لأنه رقيق لا يورث ، فيبطل الولاء لعدم مستحقته ، وينبغي أن يكون للمسلمين ، لأن مال من لا وارث له للمسلمين ، فكذلك الولاء والله أعلم .

(فصل)

٨٧٢١

وإن كاتب المرتد عبده ، فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة ، لأن ملكه زال برده ، وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ، إن أسلم تبين أنها كانت صحيحة ، وإن قتل أو مات على رده بطلت ، وإن أدى في رده لم يحكم بعقه ويكون موقوفاً . فإن أسلم سيده تبين صحة الدفع إليه وعقه ، وإن قتل أو مات على رده فهو باطل والعبد رقيق . وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ، ويؤدى إلى الحاكم ويعتق بالأداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا . وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته ، لأنه يصح بيعه ، فإذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته .

(فصل)

٨٧٢٢

وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان مرض الموت الخوف اعتبر من ثلثه ، لأنه بيع ماله بماله ، فخرى مجرى الهبة . وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لسكونه معتقاً ، فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة ، وإن لم يخرج من الثلث لزم الكتابة في قدر الثلث ، وسائر موقوف على إجازة الورثة ، وإن أجازت جازت ، وإن ردتا بطلت ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو الخطاب في ردوس المسائل : تجوز الكتابة من رأس المال ، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

﴿مسألة﴾

٨٧٢٣

قال : ﴿ وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فأذيت الكتابة فقد صار العبد حراً وولاؤه لمكاتبه ﴾

في هذه المسألة ثلاثة فصول .

أحدها : أن ظاهر هذا الكلام أن الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة ، وهو ظاهر المذهب ، وبه قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : تجوز حالة ، لأنه عقد على عين ، فإذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع .

ولنا : أنه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ، ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حالة ، ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ، ولأن الكتابة عقد معاوضة بمجز عن أداء عوضها في الحال ، فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ، ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر الموض ، فإذا وقع على وجه يتحقق فيه المجز عن الموض لم يصح ، كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله . ويفارق البيع . لأنه لا يتحقق فيه المجز عن الموض ، لأن المشتري يملك المبيع والمبدل لا يملك شيئاً ، وما في يده لسيده . وفي التنجيم حكمتان .

إحداها : يرجع إلى الكاتب وهي التخفيف عليه ، لأن الأداء مفرقاً أسهل ، ولهذا تقسط الديون على المسرين عادة تحقيقاً عليهم .

والأخرى : للسيد وهي أن مدة الكتابة تطول غالباً ، فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا في آخر المدة ، فإذا عجزه عاد إلى الرق وفانت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له ، وإذا كانت منجمة نجوماً فمجز عن النجم الأول فمدته يسيرة ، وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه .

إذا ثبت هذا : فأقله نجمان فصاعداً ، وهذا مذهب الشافعي .

ونقل عن أحمد أنه قال : من الناس من يقول : نجم واحد ، ومنهم من يقول : نجمان ، ونجمان أحب إلي ، وهذا يحتمل أن يكون معناه أني أذهب إلى أنه لا يجوز إلا نجمان ، ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد .

قال ابن أبي موسى : هذا على طريق الاختيار ، وإن جمل المال كله في نجم واحد جاز ، لأنه عقد يشترط فيه التأجيل ، فجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم ، ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم الموض وهذا يحصل بنجم واحد .

ووجه الأول : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : « الكتابة <sup>(١)</sup> على نجمين » والإيتاء <sup>(٢)</sup> من الثاني . وهذا يقتضى أن هذا أقل ما يجوز عليه الكتابة ، لأن أكثر من نجمين يجوز بالإجماع .  
وروى عن عثمان رضي الله عنه : أنه غضب على عبد له فقال : لأعاقبك ولأكاتبتك على نجمين <sup>(٣)</sup> ، ولو كان يجوز أقل من هذا لما قبله به في الظاهر .

وفي حديث بريرة : أنها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت : يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعطيني <sup>(٤)</sup> ، ولأن الكتابة مشتقة من اللضم وهو ضم نجم إلى نجم ، فدل ذلك على اقتفارها إلى نجمين ، والأول أقيس . ولا بد أن تكون النجوم معلومة ، ويدل في كل نجم قدر ما يؤديه . ولا يشترط تساوى النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم ، فإذا قال : كاتبتك على ألف إلى عشرين سنة تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة ، أو قال : تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وبقاياها عند تمام العشرة ، أو قال : تؤدي في آخر العام الأول مائة ، وتسماية عند انقضاء السنة العاشرة ، فشكل هذا جائز . وإن قال : تؤدي في كل

( ١ ) في تلخيص الخبير ج ٤ ص ٢١٧ مانص « حديث على الكتابة على نجمين » قال ابن أبي شيبة نا عباد بن العوام عن حجاج عن حصين الحارثي عن علي : قال : إذا تابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد إلى الرق » — اشهر عن الصحابة ومن بعدهم قولاً وفعلًا الكتابة على نجمين رواه البيهقي من فعل عثمان وابن عمر . . . . هـ ( ف )

( ٢ ) قوله ( الإيتاء من الثاني ) يعني إذا كاتبه على نجمين وأراد أن يخفف عنه امتثالاً لقول الله تعالى ( فكاتبواهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ) خفف عنه من القسط الثاني في تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٨٨ « عن سميد بن جبير قال : كان ابن عمر إذا كاتب مكاتباً لم يضع عنه شيئاً من أول نجومه مخافة أن يمجز وترجع إليه صدقته ولكنه إذا كان في آخر مكاتبته وضع عنه ما أحب ( ف )

( ٣ ) أخرجه البيهقي من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل ( ف )

( ٤ ) أخرجه البخاري ومسلم ولفظه ج ٢ ص ١١٤٢ ( عن عائشة قالت : دخلت على بريرة فقالت : إن أهلي كاتبون على تسع أواق في تسع سنين في كل سنة أوقية فأعطيني . فقلت لها إن شاء الله أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك ويكون الولاء لي فعلت ، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأنتني فذكرت ذلك ، قالت : فأنتهرتها فقالت : لا ها الله إذا . قالت فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألني فأخبرته فقال : اشترها وأعتقها واشترط لي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ففعلت ، قالت : ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط أيس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشروط الله أوثق ، ما بال رجال منكم يقولون أعتق فلاناً والولاء لي إنما الولاء لمن أعتق » — لا ها الله : أى لا والله ، وإذا حرف جواب بشرط . قدركا قال ابن حجر في مثله بفتح الباري ج ٨ ص ٢٩ وقد أشرنا إليه هنا ج ٩ ص ٢٣٣ — ما بال : ما شأن — وكتاب الله أوصى بطاعة رسوله وقد قال صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ( ف )



عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة : وظاهر قول القاضى وأصحاب الشافعى أنه لا يصح لأنه لم يتبين وقت الأداء من العام .

ولنا : أن بريرة قالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية ، ولأن الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها ، فإن كان بحرف إلى تعلق بأولها كقوله : إلى شهر رمضان ، وإن كان بحرف فى كان إلى آخرها ، لأنه جمل جميعها وفقاً لأدائها فإذا أدى فى آخرها كان مؤدياً لها فى وقتها ، فلم يتمين عليه الأداء قبله كتأدية الصلاة فى آخر وقتها . فإن قال : يؤديها فى عشر سنين ، أو إلى عشر سنين لم يحجز ، لأنه نجم واحد ، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازها . وإن قال : يؤدى بعضها فى نصف المدة وباقيا فى آخرها لم يحجز ، لأن البعض مجهول يقع على القليل والكثير .

الفصل الثانى : أنه إذا كاتبه على أنجم مدة معلومة سحت الكتابة وعقق بأدائها ، سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو ، وسواء قال : إذا أدبت إلى فانت حر ، أو لم يقل ، وهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يعتق حتى يقول : إذا أدبت إلى فانت حر ، وينوى بالكتابة الحرية ، ويحتمل فى مذهبنا مثل ذلك ، لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجه ، ويحتمل العتق بالأداء ، فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق .

ولنا : أن الحرية موجب عند الكتابة ، فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتاج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير ، وما ذكره من استعمال الكتابة فى المخارجه إن ثبت فليس بمشهور ، فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ العريضة . على أن اللفظ المحتمل بنصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فى معاشه أو غير ذلك ، وهو صريح فى الحرية فهأنا أولى .

الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع الكتابة ، قال أحمد فى عهد بين رجلين كاتبا على ألف فأدى تسعائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال : لا يعتق إلا نصف المائة .

وقد روى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسميد بن المسيب ولزهرى أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، رواه عنهم الأثرم ، وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أم سلمة .

وروى سميد بإسناده عن أبى قلابة قال : كن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار .

ويأسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى إليه تسعائة دينار وعجز عن مائة دينار ، فردّه ابن عمر فى الرق .

وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربيعها عتق ، لأنه يجب<sup>(١)</sup> رده إليه ، فلا يرد إلى الرق بمجزه عنه ، لأنه عجز عن أداء حق هو له لاحق للسيد فلا معنى لدمجزه فيما يجب رده إليه .

وقال علي رضي الله عنه : يمتق منه بقدر ما أدى ، لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد »<sup>(٢)</sup> رواه الترمذي وقال : حديث حسن .

وروى عن عمرو بن عبد الله رضي الله عنهما : أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه . وروى ذلك عن النخعي . وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقضى به شريح .

وقال الحسن في المكاتب : إذا عجز استسمى بعد المعجز سفتين .

ولنا : ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فمجز عن عشر أواق فهو رقيق »<sup>(٣)</sup> .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عهد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود<sup>(٤)</sup> .

ولأنه عوض عن المكاتب ، فلا يمتق قبل أدائه ، كالقدر المتفق عليه ، ولأنه لو أعتق بعضه لسرى إلى باقيه ، كما لو باشره بالمتق ، فإن المتق لا يتبعض في الملك .

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين ، فأفر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر ، فأدى إلى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ، ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا كان لإحداكن مكاتب فلك ما يؤدي فلتعتجب »<sup>(٥)</sup> منه دليل على اعتبار

( ١ ) سيأتي أنه يرد إليه الربع امتثالاً لأمر الله ( وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ) ( ف )

( ٢ ) هـ هذا الحديث رواه الترمذي ج ١ ص ٢٣٨ في كتاب البيوع باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ولفظه « عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : يؤدي للمكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد » ونحوه

في أبي داود ج ٢ ص ٥٠٠ والنسائي ج ٨ ص ٤٦ ومسنند أحمد ج ٣ ص ٢٩٠ حديث رقم ١٩٤٤ ( ف )

( ٣ ) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو ( ف )

( ٤ ) أخرجه أبو داود ٣٤٩/٢ ( ف )

( ٥ ) سبق تخريجه ( ف )

جميع ما يؤدى . ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع ، وإن جاز رد بعضه إليه ، كما لو قال : إذا أدبت إلى ألفاً فأنت حر والله على ، رد ربها إليك ، فإنه لا يستحق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها .

(فصل)

٨٧٢٤

وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه ، لأنه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كعقد السلم ، فإن كان من الأئمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه ، لأنه ينصرف بالإطلاق إليه ، فجاز ذلك فيه كالبيع ، وإن كان فيه نقود أحدهما أغلب في الاستعمال جاز الإطلاق أيضاً ، وانصرف إليه عند الإطلاق ، كما لو انفرد . وإن كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بخنسه . وما يتميز به من غيره من النقود وإن كان من غير الأئمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم . ومالا يصح في السلم فيه لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة ، لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة ، فلم يحز بموضع مجهول كالسلم ، فإن كاتبه على عبد مطلق لم يصح ، ذكره أبو بكر . وهو قول الشافعى ، وذكر للقاضى فيه وجهين : أحدهما لا يجوز ، والآخر يجوز ، وهو قول أبى حنيفة ومالك ، لأن العتق معنى لا يلحقه الفسخ ، فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضاً فيه كالمقل .

ولنا : أن مالا يجوز أن يكون عوضاً في البيع والإجارة لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالثوب المطلق ، ويفارق المقل ، لأنه بدل عن متلف مقدر في الشرع ، وما هنا عوض في عقد ، فأشبه البيع ، ولأن الحيوان الواجب في المقل ليس بحيوان مطلق . بل هو مقيد بخنسه وسنه ، فلم يصح الإلحاق به ، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه ، وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلاً في موضع علمناه .

إذا ثبت هذا : فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً ، وهو السندى ، ويكون وسطاً من السندين في قيمته ، كقولنا في الصداق .

ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ، ولا على ثوب ، ولا دار ، ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ، ولا عمامة من عمامته . ولا غير ذلك من الجهولات . وإن وصف ذلك بأوصاف السلم صح .

وعن أجاز للكتابة على العبيد : الحسن وسعيد بن جبير والنخعى والزهرى وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أبى برزة وحفصة رضى الله عنها .

(فصل)

٨٧٢٥

وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة ، لأنها أحد العوضين في الإجارة ، فجاز أن تكون عوضاً

في الكتابة كالأثمان . ويشترط العلم بها كما يشترط في الإجارة . فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ، ولا يحتاج إلى ذكر الشهر ، وكونه عقيب العقد ، لأن إطلاقه يقتضى ذلك . وإن عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكتبه في الحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً ، كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في الحرم . وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ، ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه ، بناء على قولهم في الإجارة ، وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الإجارة .

ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلاً ، لأن الأجل شرط في عقد الكتابة ، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه ، وإن جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : لا يصح ، لأنه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح . لأن الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار ، وإنما يوجد جزء منها يسير مقارباً له ، وسائرهما فيما سواه ، ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ، ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد ، فيكون محلها غير محل الدينار ، وإنما جازت حالة لأن المفع من الحلول في غيرها لأجل المعجز عنه في الحال ، وهذا غير موجود في الخدمة ، فجازت حالة .

وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد ، بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده جاز . وإن كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز في أوله ، لأنه يكون حالاً ومن شرطه التأجيل .

### (فصل)

٨٧٢٦

وإن كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة ، مثل أن كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة ، فحكم حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه . ويحتمل أن يكون كالكتابة على أنجم ، لأن الخدمة تستوفى في أوقات متفرقة بخلاف المال ، فإن جعله على شهر بعد شهر ، كأن كاتبه في أول الحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لأنه على نجمين . وإن كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عيها ، أو بناء حائط وصفه ، صح أيضاً إذا كاتبه على نجمين . وإن قال : كاتبك على أن تخدمنى هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع . وإن قال : على أن تخدمنى شهراً من وقتى هذا شهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً : وعند الشافعى : لا يصح .

ولنا : أنه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها .

### (فصل)

٨٧٢٧

وإذا كاتب العبد وله مال فإله لسيده ، إلا أن يشترطه المالك . وإن كانت له مربية أو ولد فهو لسيده ،

وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي. وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان ابن موسى وعمر بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المسكاتب: ماله له. ووافقا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمر بن دينار ومالك في الولد، واحتج لهم بما روى عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد ».

والنسخة: قول النبي صلى الله عليه وسلم: « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه، والكتابة بيع، ولأنه باعه نفسه، فلم يدخل منه غيره كولده وأقاربه، ولأنه هو وماله كانا لسيده، فإذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه، كما لو باعه لأجنبي. وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه.

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٢٨

قال: ﴿ وولاؤه لمكاتبه ﴾

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن ولاء المسكاتب لسيده إذا أدى إليه، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وذلك لأن الكتابة إتمام وإعتاق له، لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه، فرضى به عوضاً عنه، وأعتق رقبته عوضاً عن منفعتة المستحقة له بحكم الأصل، فكان معتقاً له منهماً عليه، فاستحق ولاءه، لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق »<sup>(١)</sup>.

وفي حديث<sup>(٢)</sup> بريرة أنها قالت: كانت أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية. فنالت عائشة إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فملت، فرجعت بريرة إلى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. وهذا يدل على أن ثبوت الولاء على المسكاتب لسيده كان مقترراً عندهم والله أعلم.

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٢٩

قال: ﴿ ويعطى مما كوتب عليه الربيع، لقول الله تعالى ( وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ) ﴾.

الكلام في الإتياء في خمسة فصول: وجوبه، وقدره، وجنسه، ووقت جوازه، ووقت وجوبه. أما الأول: فإنه يجب على السيد إتياء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه. روى ذلك عن علي رضي الله عنه، وبه قال الشافعي وإسحاق. وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة: ليس بواجب، لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإتياء كسائر عقود المعاوضات. ولنا: قول الله تعالى ( وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ) وظاهر الأمر الوجوب.

(١)، (٢) مر الحديثان قريباً نقلًا عن صحيح مسلم. (ف)

قال على رضى الله عنه في تفسيرها : ضموا عنهم ربع مال الكتابة .  
وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : ضموا عنهم من مكائبتهم شيئاً .  
وتخالف الكتابة سائر العقود ، فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ، ولأن الكتابة يستحق بها  
الولاء على العبد مع المعاوضة ، فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً .  
فإن قيل : المراد بالإيتاء إعطاؤه سهماً من الصدقة ، أو النذب إلى التصديق عليه وليس ذلك بواجب ،  
بدليل أن المقدد يوجب الموضع عليه ، فكيف يقتضى إسقاط شيء منه ؟  
قلنا : أما الأول فإن علياً وابن عباس رضى الله عنهما فسراه بما ذكرناه ، وهما أعلم بتأويل القرآن .  
وحمل الأمر على النذب يخالف مقتضى الأمر ، فلا يصار إليه إلا بدليل .  
وقولهم : إن المقدد يوجب عليه فلا يسقط عنه .

قلنا : إنما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى ، كما تجب الزكاة مواساة  
من النعم التي أنعم الله تعالى بها على عبده ، ولأن العبد لى جمع هذا المال وتعب فيه فاقضى الحال مواساته  
منه ، كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإطعامه من الطعام الذى لى حره ودخانه<sup>(١)</sup> . واختص هذا بالوجوب ،  
لأن فيه معونة على التقى وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه ، فإن أبا هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم « ثلاثة حق على الله تعالى عونهم : المجاهد فى سبيل الله ، والمكاتب الذى يريد الأداء ،  
والناكح الذى يريد النكاح » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن .

الفصل الثانى : فى قدره ، وهو الربع ، ذكره الخرق وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروى ذلك  
عن على رضى الله عنه ، وقال قتادة : العشر . وقال الشافعى وابن المنذر : يجزىء ما يقع عليه الاسم ، وهو  
قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى ( من مال الله الذى آتاكم ) و ( من ) للتبويض والقليل  
بعض فيكتفى به .

وقال ابن عباس : ضموا عنهم من مكائبتهم شيئاً ، ولأنه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدى  
جميع الكتابة بما ذكرنا من الأخبار . ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع  
الكتابة ، ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه .

( ١ ) فى حنن أبى داود ج ٢ ص ٣٢٨ عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صنع لأحدكم  
خادمه طعاماً ثم جاءه به وقد لى حره ودخانه فليقدمه معه لى أكل ، فإن كان الطعام مشفوهاً فليضع فى يده منه  
أكلة أو أكلتين « مشفوهاً : قليلاً . ( ف )

وروى عن ابن عمر أنه كاتب عبد الله على خمسة وثلاثين ألفاً ، فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة<sup>(١)</sup> . ولنا : ماروى أبو بكر بإسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في قوله ( وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ) فقال « ربع الكتابة » وروى موقوفاً على علي ، ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ، ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمسكاتب وإعاقته على تحصيل العتق ، وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم ، فلم يجوز أن يكون هو الواجب . وقول الله تعالى ( وآتوهم من مال الله ) وإن ورد غير مقدر ، فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة .

الفصل الثالث : في جنسه ، إن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه جاز ، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه ، وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز ، لأن الصحابة رضي الله عنهم فسروا بالإيتاء بذلك ، ولأنه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق ، فيكون أفضل من الإيتاء ، وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه . وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز . ويحتمل أن لا يلزم المسكاتب قبوله ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه .

ولنا : أنه لا فرق في المانع بين الإيتاء منه وبين الإيتاء من غيره إذا كان من جنسه ، فوجب أن يتساوبا في الإجزاء ، وغير المنصوص إذا كان في معناه ألحق به ، وكذلك جاز الخط ، وإيس هو بإيتاء لما كان في معناه . وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير أو عروضاً لم يلزمه قبوله ، لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ، ويحتمل الجواز ، لأن الرفق به يحصل به .

الفصل الرابع : في وقت جوازه ، وهو من حين العقد ، لقول الله تعالى ( فسكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم ) وذلك يحتاج إليه من حين العقد ، وكلما عجله كان أفضل ، لأنه يكون أنفع كالزكاة .

الفصل الخامس : في وقت وجوبه وهو حين العتق ، لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه ، وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ .

قال علي رضي الله عنه : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني . فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين في تركته ، لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه . وإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ، ويقدم ذلك على الوصايا ، لأنه دين ، وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم أن الدين قبل الوصية ، والله الموفق .

﴿ مسألة ﴾

٨٧٣٠

قال : ﴿ وإن عجلت الكتابة قبل محالها ، لزم السيد الأخذ ، وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن

( ١ ) أخرجه مالك في اللوطأ بهذا ، وأخرجه البيهقي من طريق أبيوب عن نافع عن ابن عمر ( ف ) .

أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى : إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً .

الكلام فى هذه للسألة فى فصلين :

أحدهما : فيما إذا عجل المكاتب الكتابة قبل محملها ، فالمنصوص عن أحد أنه يلزم قبولها ويعتق المكاتب . وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزم قبول المال إلا عند نجومه ، لأن بقاء المكاتب فى هذه المدة فى ملكه حق له ولم يرض بزواله ، فلم يزل كالمعتق عتقه على شرط لم يعتق قبله ، والصحيح فى المذهب الأول ، وهو مذهب الشافعى ، إلا أن القاضى قال : أطلق أحد والخرق هذا القول ، وهو مقيد بما لا ضرر فى قبضه قبل محله ، كالتى لا يفسد ولا يحتاج قديمه وحديثه ، ولا يحتاج إلى مؤنة فى حفظه ، ولا يدفعه فى حال خوف يخاف ذهابه .

فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه ، مثل أن يكون مما يفسد كالمنب والرطب والبطيخ ، أو يخاف تلفه كالحيوان ، فإنه ربما تلف قبل الحل فقاته مقصوده .

وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه ، لأنه ينقص إلى حين الحل . وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً ، لأنه يحتاج فى إبقائه إلى وقت الحل إلى موته فيقتضربها ، ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه ، لأن فى أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه ، وكذلك لو سلمه إليه فى طريق مخوف ، أو موضع يقتضرب قبضه فيه ، لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب بهذله .

قال القاضى : والمذهب عندى أن فى قبضه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه فى السلم ، ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقبضه العقد ولا رضى بالتزامه ، وأما ما لا ضرر فى قبضه فإذا عجله لزم السيد أخذه ، وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل ، اعتماداً على إطلاق أحد القول فى ذلك ، وهو ظاهر إطلاق الخرق ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبى بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر رضى الله عنه فقال : يا أمير المؤمنين إنى كاتب على كذا وكذا ، وإنى أيسرت بالمال فأنتبه به ، فزعم أنه لا يأخذها إلا نجوماً ، فقال عمر رضى الله عنه : يا يرفأخذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد إليه نجوماً فى كل عام ، وقد عتق<sup>(١)</sup> هذا ، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال ، وعن عثمان بنحو هذا .

( ١ ) أخرجه أيضاً البيهقى كما فى منتخب كنز العمال ج ٤ ص ٨٤ ، ٨٥ وجاء فى موطأ مالك ج ٢ ص ١٥٤ « سمع مالك ربيعة بن عبد الرحمن وغيره يذكرون أن مكاتباً كان للرافصة بن عمير الحنفى وأنه عرض عليه أن يدفع إليه جميع ما عليه من كتابته فأبى الرافصة فأبى المكاتب مروان بن الحكم وهو أمير المدينة فذكر ذلك له فدعا مروان الرافصة فقال له ذلك فأبى فأمر مروان بذلك المال أن يقبض من المكاتب فيوضع فى بيت المال وقال =



ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال : حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ، ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق .

فإن قيل : إذا علق عتق عبده على فعل في وقت فعله في غيره لم يعتق ، فكذلك إذا قال : إذا أدبت إلى ألفاً في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق .

قلنا : تلك صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها ، والكتابة معاوضة يبرأ فيها بأداء الموضع فافترا ، وكذلك لو أبرأه من الموضع في الكتابة عتق ، ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق ، والأولى إن شاء الله ما قاله للقاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله ، لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد ، وخبر عمر رضى الله عنه لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ، ولأن أصحابنا قالوا : لو لقيه في بلد آخر فدفع إليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حل لم يلزمه قبوله ، لما عليه من الضرر فيه ، وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه ، كذا هاهنا ، وكلام أحمد رحمه الله محمول على ما إذا لم يكن في قبضه ضرر ، وكذلك قول الخرق وأبي بكر .

## (فصل)

٨٧٣١

إذا أحضر المسائب مال للكتابة أو بمضه ليسله ، فقال السيد : هذا حرام أو غصب لا أقبله منك ، سئل العبد عن ذلك ، فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله ، لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له ، وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته ، لأن له حقاً في أن لا يقتضى دينه من حرام ، ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه ، فإن فُكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وإن حلف قيل للسيد : إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق ، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ، ثم ينظر ، فإن ادعى أنه حرام مطلقاً لم يمنع منه ، لأنه لا يقر به لأحد ، وإنما تحريره فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه إن ادعاه ، لأن قوله وإن لم يقبل في حق

للمسائب : إذ ذهب فقد عتقت فلما رأى ذلك الفرافصة قبض المال . وفي سنن الدارقطني ج ٤ ص ١٢٢ عن سعيد بن أبي سعيد المقبري أنه حدثه عن أبيه قال : اشترت امرأة من بني ليث بسوق ذي الهجاز بسبعمائة درهم ثم قدمت فكاتبنتي على أربعين ألف درهم فأدبت إليها عامة المال ثم حملت ما بقي إليها فقلت : هـذا مالك فأقبضيه ، قالت لا والله حق أخـ هذه ملك شهرأ بشهر وسنة بسنة ، فخرجت به إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكرت ذلك له فقال عمر بن الخطاب : ارفعه إلى بيت المال ثم بث إليها فقال : هـذا مالك في بيت المال وقد عتق أبو سعيد فإن شئت فخذى شهرأ بشهر أو سنة بسنة . قال : فأرسلت فأخذته هـ وفي إسناد عبد الله بن عبد العزيز اللبني ضعيف (ف) .

المكاتب ، فإنه يقبل في حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد في يد غيره : هذا حر ، وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه ، فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حريته . وإن أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه ، لأنه لم يبق له عليه حق ، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم وبطال به قبضه فينبوب الحاكم في قبضه عنه ويمتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه .

## ( فصل — ل )

٨٧٣٢

وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض . وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض . وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره . وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه ، لأنه زاده خيراً ، وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله ، لأن عليه فيه ضرراً .

الفصل الثاني : إذا ملك ما يؤدي فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي . روى ذلك عن حمير وابنه وزيد وعائشة رضى الله عنهم ، فإنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وهو قول أهل العلم . وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدي عتق ، لما روى سعيد قال : حدثنا سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان لإحداكن مكاتب أو كان عنده ما يؤدي فلتعتقه منه » ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال : حديث حسن صحيح .

فأمرهم بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ، ولأنه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه ما لو أداه . فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء . فتق امتنع منه أجبره الحاكم عليه ، وإن هلك ما في يديه قبل الأداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً .

ووجه الرواية الأولى : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم — وقوله — أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفي رواية « من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق أو قال : إلا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن غريب .

ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه ، كما لو قال : إذا أدبت إلى ألفاً فأنت حر . فعلى هذه

الرواية إن أدى عتق وإن لم يؤد لم يعتق . فإن امتنع من الأداء فقال أبو بكر : يؤديه الإمام منه ، ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ ، وهو قول أبي حنيفة .

ويحتمل كلام الخرق أنه إذا لم يؤد عجزه السيد إن أحب ، فإنه قال : إذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبداً غير مكاتب ، ونحوه قال الشافعي ، فإنه قال : إن شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء ، ووجهه أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الأداء كسائر العقود الجائزة . ووجه الأول أنه يثبت للمقصد استحقاق الحرية بملك ما يؤدى فلم يملك لإبطالها كما لو أدى ، فإن تلف المال قبل أدائه جاز بمعجزه<sup>(١)</sup> واسترقاقه وجهاً واحداً .

### ﴿مسألة﴾

٨٧٣٣

قال : ﴿ وإذا أدى بعض كتابته ومات وفي يده وفاة وفضل فهو لسيده في إحدى الروايتين ، والأخرى لسيده بقية كتابته ، والباقي لورثته ﴾ .

يحتمل أن هذه المسألة مبنية على ما قبلها ، فإذا قلنا : إنه لا يعتق بملك ما يؤدى فقد مات رقيقاً ، فانفسخت الكتابة بموته وكان ما في يده لسيده ، وإن قلنا : إنه عتق بملك ما يؤدى فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته ، لأنه دين له عليه والباقي لورثته .

قال القاضي : الأصح أنه تنفسح الكتابة بموته ويموت عبداً ، وما في يده لسيده ، رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد والزهري ، وبه قال إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي ، لما ذكرناه في التي قبلها ، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة ، فوجب أن تنفسخ كما لو لم يكن له مال ، ولأنه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت ، كما لو قال : إذا أدبت إلى ألفاً فأنت حر .

والرواية الثانية : يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روى ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية ، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة قال : يكون حراً في آخر جزء من حياته ، وهذا قول القاضي . ووجه هذه الرواية ما قدمنا في التي قبلها ، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ، ولأن العبد أحد من تمت به كتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأولى أولى . وتفرق الكتابة البيع ، لأن كل واحد من المتعاقدين غير مقود عليه ، ولا يتعلق المقصد بعينه فلم ينفسخ بقلبه ،

( ١ ) في ألفي طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٦٣ والفتي ج ٩ ص ٤٣٠ ( جاز بمعجزه واسترقاقه ) ويبدو أن الأصل ( جاز بمعجزه واسترقاقه ) ( ف ) .

والمكاتب هو الموقوف عليه ، والعقد يتعلق بيمينه ، فإذا تلف قبل تمام الأداء انسخ العقد ، كما لو تلف المبيع قبل قبضه ، ولأنه مات قبل وجود شرط حرته ويتمذر وجوده بعد موته .

٨٧٣٤

( فصل )

وإذا مات ولم يخلف ولاء ، فلا خلاف في المذهب أن الكتابة تنسخ بموته ، ويموت عبداً ، وما في يده لسيده ، وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار ، إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما ، فإنه يموت حراً في مقتضى قولهم .

وقال مالك : إن كان له ولد حر انسخت الكتابة ، وإن كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال كله ، إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والأداء .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه يمتق منه بقدر ما أدى ، وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أصاب<sup>(١)</sup> المكاتب حداً أو ميراثاً ، ورث بقدر ما أدى ، وبؤدى المكاتب بمحصة ما أدى » .

وعن عمر وعليٍّ والنخعي : إذا أدى الشطر فلا رق عليه .

وقال ابن مسعود : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم . وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن إعادته إن شاء الله تعالى .

٨٧٣٥

( فصل )

ولا تنسخ الكتابة بالجنون ، لأنها عقد لازم ، فلم تنسخ بالجنون كالرهن ، وفارق الموت ، لأن العقد على العين ، والموت بقوت العين بخلاف الجنون ، ولأن القصد من الكتابة العتق ، والموت ينافيه . ولهذا لا يصح عتق الميت ، والجنون لا ينافيه ، بدليل صحة عتق الجنون .

فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق ، لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه ، وله أخذ المال من يده ، فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد . وإن لم يؤد كان السيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله ، فإن وجد له مالاً سلمه في الكتابة وعتق ، وإن لم يجد له مالاً جعل له أن يعجزه ويلزمه الإنفاق عليه ، لأنه عاد قنناً . ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالاً بئى بمال الكتابة أبطل فسح السيد ، لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به ، فبطل حكمه ، كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد ، إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ ، لأنه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن .

( ١ ) سبق قريباً تخريجه ( ف ) .

وإن أفاق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة ، بطل أيضاً فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفق ، لأنه أنفق عليه مع علمه بحقيقته ، فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به .  
وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة . وهذا قول أصحاب الشافعي ، ولم يذكره أصحابنا وهو حسن ، لأنه استوفاه ، والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه ، فيقوم الحاكم مقامه في استحلاله عليه .

## (فصل)

٨٧٣٦

وقتل المكاتب كونه في انفساخ الكتابة على ما أحلفناه من الخلاف ، سواء كان القاتل السيد أو الأجنبي ، ولا قصاص على قاتله الحر ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده إلى سيده ، ولم يجب عليه شيء ، لأنه لو وجب لوجب له .  
فإن قيل : فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركه المقتول .

قلنا : هاهنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثاً ، بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة ، وإنما يمنع القاتل الميراث خاصة . ألا ترى أن من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه ، وفي رواية : وأم الولد إذا قتل سيدها عتقت .

وإن كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا : إن الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك . وإن قلنا : لا تنفسخ بموته ، فله القيمة على سيده تعرف إلى ورثته ، كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته . فإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت ، كما لو خلف وفاء ، لأن دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها إلى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى . ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثاً أو لا يخلف وارثاً . وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال .

ولنا : أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيدة فيه ، لأن صرفه إلى سيده بطريق الإرث ، والقاتل لا ميراث له . وإن كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيدة إلا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة فإنها تجب لورثته ، والله أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٣٧

قال : ﴿ وإذا مات السيد كان العبد على كتابته ، وما أدى فبين ورثة سيده مقسوماً كالإراث ﴾ .  
وجه ذلك : أن الكتابة لا تنفسخ بموت السيد ، لأن علم فيه بين أهل العلم خلافاً ، وذلك لأنه عقد لازم من جهته لا سبيل إلى فسخه ، فلم ينفسخ بموته كالبيع والإجارة .

إذا ثبت هذا فإن للمكاتب يؤدي نجومه أو ما بقي منها إلى ورثته ، لأنه دين أوروهم ويكون مقسوماً

بينهم على قدر موارثهم كمأثر ديونه . فإن كان له أولاد ذكور وأناث فلا ذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا يعتق حتى يؤدي إلى كل ذي حق حقه ، فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعتق ، كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم فإن كان بعضهم غائباً وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله ، وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعق ، وإن كان مولياً عليه دفع نصيبه إلى وليه إما أبيه<sup>(١)</sup> ، أو وصيه ، أو الحاكم ، أو أمينه . فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع إليهما معاً .

وإن كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ، ولا تصح الوصية إلى غيره ليقبض له ، لأن الرشيد رلى نفسه . وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد . وإن أذن بعضهم له في الأداء إلى الآخر وكان الذي أذن له في ذلك رشيداً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ، فإن كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه ، وإن كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقيه ، كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه . وهذا ظاهر كلام الخرق ، وهو أحد قولي الشافعي .

وقال القاضي : لا يسرى عتقه وإن كان موسراً . وهو القول الثاني لشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة ، لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبهه ماله أداءه إلى السيد . وإن أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق . وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبه . وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق . واختلاف في هذا كله كاختلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم بإذن الآخر .

ولنا : دل أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه ، أو استوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ماله عليه ، فوجب أن يعتقه العتق ، كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة . وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة ، لأنه ما أبرأه من جميع حقه .

ولنا : على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز إعتاقه من موسر جائز التصرف غير مجبور عليه ، فوجب أن يسرى عتقه ، كما لو كان قنأ ، ولأنه عتق حصل بفعله واختياره ، فسرى كمحل الوفاق .

فإن قيل : في السراية ضرر بالشركاء لأنه قد يمجز فيرد إلى الرق .

قلنا : إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه ، فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى .

(١) قوله (إلى وليه إما أبه) هكذا في المتن طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٦٨ وطبعة المفتي ج ٩ ص ٤٣٠ لكن في شرح الكبير ج ١٢ ص ٤٣٧ (إلى وليه إما أبيه) وهو الصواب (ف)

٨٧٣٨

﴿مسألة﴾

قال (وولاؤه لسيده ، وإن عجز فهو عبد لسائر الورثة) .

أما إذا عجز ورد في الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة ، كما لو لم يكن مكانياً ، لأنه من مال موروثهم ، فكان بينهم كسائر المال . وأما إذا أدى مال الكتابة وعق فقال الخرقى : يكون ولاءه لمكانه يختص به عهده دون أصحاب الفروض . وهذا قول أكثر الفقهاء ، وهو اختيار أبى بكر ، ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق . وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال : اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته ، قال بعض الناس : الولاء للرجال والنساء ، وقال بعض الناس : لا لولاة للنساء ، لأن هذا إنما هو دين على المكاتب ، ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كان بين أو أعتقن ، ولكل وجه ، والذي أراه وبغاب على أنهم يرثن ، وذلك لأن المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهرى ، وذلك لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت المكاتب ، فكان ولاءه لهم ، كما لو انتقل إلى المشتري ، ولأنه يؤدي إلى الورثة فكان ولاءه لهم ، كما لو أدى إلى المشتري . ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له ، كما لو أدى إليه ، ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقى للسيد ، وإنما بقى للسيد دين في ذمة المكاتب . والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في المبيع باختياره ، فلم يبق له فيه حق من وجه . والوارث يخف للورث ويتوهم مقامه ويبقى على ماله موروثه ولا ينتقل إليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه ، والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه .

٨٧٣٩

(فصل)

فإن أعتقه الورثة صح عتقهم ، لأنه ملك لهم فصاح عتقهم له ، ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه ، وهم يقومون مقام موروثهم ، ويكون ولاءه لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما <sup>(١)</sup> الولاء لمن أعتق » وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوّم عليه نصيب شركائه وكان ولاءه له . وإن لم يسر عتقه لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر ، ولأنه منعم عليه بالعتق ، فكان الولاء له كغير المكاتب .

وقال القاضي : إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد ، وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ، ثم ينظر ، فإن أدى إلى الباقي عتق كله وكان ولاءه للسيد ، وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاء نصيب المعتق له ، لأنه لولا إعتاقه لماد سهمه رقيقاً كسهم سائر الورثة ، فلما أعتقه كان هو المنعم عليه ، فكان الولاء له دونهم . فأما إن أبرأ الورثة كلهم عتق وكان ولاءه على الروايتين التين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم ، لأن

الإبراء جرى مجرى استيفاء ماعليه ، ويحتمل أن يكون الولاء لهم ، لأنهم أنعموا عليه بما عتق به ، فأشبهه مالهو أعتقوه . وإن أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرناه من الخلاف ، والله أعلم .

٨٧٤٠

(فصل)

إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه ، صح بيعهم وهبهم ، لأنهم يقومون مقام المكاتب ، والمكاتب ملك بيمة وهبته ، فكذلك ورثته ، ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فمجزؤه ماد رقيقاً له ، وإن أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي إليه على الرواية التي تقول إن ولائه للورثة إذا أدى إليهم . وأما على الرواية الأخرى فيحتمل أن لا يصبح بيمة ولا هبته ، لأن ذلك يقتضى إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة . ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد إن عتق بالكتابة ، لأن السيد عقدها فعتق بها ، فكان ولاؤه له ، وبفارق ما باعه السيد ، لأن السيد يبيعه أبطل حق نفسه ، وله ذلك بخلاف الورثة ، فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم .

٨٧٤١

(فصل)

وإن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح ، فإن سلم مال الكتابة إلى الوصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجوراً عليه برىء منه وعتق ، وولاؤه لسيدة الذي كاتبه ، لأنه المنعم عليه ، وإن أبرأه من المال عتق أيضاً لأنه برىء من مال الكتابة ، فأشبهه مالهو أدى . وإن أعتقه لم يعتق ، لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها ، وإنما وصى له بمال الذي عليه ، وإن عجز ورد في الرق عادعداً للورثة ، وما قبضه للوصى الموصى له من المال فهو له ، لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تجيزه إلى الورثة ، لأن الحق ثبت لهم بتجيزه ويصير المهد لهم ، فكأنات الخيرة في ذلك إليهم .

وأما الوصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتجيزه ، فلم يكن له في ذلك حق .

وإن وصى بمال الكتابة للمساكين . ووصى إلى رجل بقبضه وتفرقة بينهم صح .

ومتى سلم المال إلى الوصى برىء وعتق . وإن أبرأه منه لم يبرأ ، لأن الحق لغيره . وإن دفعه للمكاتب إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق ، لأن التعمين إلى الوصى دونه . وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تمسين للقضاء منه ، كما لو وصى به عطية له . وإن كان إنما أوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى بقضاء الدين ويدفعه إليهم بحضرته ، لأن المال للورثة ، ولهم أن يقضوا الدين منه ومن غيره والوصى في قضاء الدين حق فيه ، لأن لهم منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين .

٨٧٤٢

(فصل)

إذا مات رجل وخلف ابنين ومهداً ، فادعى المهد أن سيده كاتبه فعدها ثبوت الكتابة ، لأن الحق



لها . وإن أنكرها وكانت له بيعة بدعواه ثبتت الكتابة وعق بالأداء إليهما ، وإن عجز فلها رده إلى الرق ، وإن لم يمجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ ، وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تمجيزه بقى نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقاً ، وإن لم تكن له بيعة فالقول قولها مع أيمانها ، لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة ، وتكون أيمانهم على نفى العلم فيحلفان بالله أنهما لا يملكان أن أباها كاتبه ، لأنها يمين على نفى فعل الغير ، فإن حلفا ثبت رقه ، وإن نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد وتثبت الكتابة .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضى برق نصفه وكتابة نصفه ، وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البيعة في نصفه الآخر ، فإن لم تكن له بيعة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قنأ . فإن شهد المقر على أخيه قبات شهادته ، لأنه لا يجز بها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً . فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه . وإن لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين . وإن لم يكن عدلاً أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ، ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه ، لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه ، فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته .

ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز ، وإن طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام أحمد أنه يجبر عليها ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن المنافع مشتركة بينهما ، فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ، ويحتمل أن لا يجبر ، وهو قول الشافعي ، لأن المهايأة تأخير حقه الحال ، لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما ، فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دينه الحال . فإن اقتسما الكسب مهايأة أو مناصفة فلم يف بأداء نجومه فله مقر رده في الرق ، وما في يده له خاصة ، لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب .

وإن اختلف المنكر والمقر فيما في يد السكاتب فقال المنكر: هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أبينا ، وأنكر ذلك المقر ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن المنكر يدهى كسبه في وقت الأصل هدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول للمكاتب ، فكذلك من يقوم مقامه . وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه لم يباشر العتق ولم ينسب إليه ، وإنما كان السبب من أبيه ، وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ، ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حراً أيضاً ، لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض ، فقد حصل أداء مال للكتابة إليهما جميعاً ، فعتق كله بذلك ، وولاء هذا النصف للمقر ، لأن أخاه لا يدعيه ، وهذا المقر يدعى أنه كله قد عتق بالكتابة ، وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيب من الولاء .

وقال أصحاب الشافعى فى ذلك وجهان :

أحدهما كقولنا .

والثانى : الولاء بين الإثنين ، لأنه ثبت لموروثهما فكان لهما باليراث ، والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ، ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الإثنين به ، كما لو ادعى أحدهما ديناً لأبيه على إنسان وأنكره الآخر ، فإن المدعى يأخذ نصيبه من الدين ويمتنع به دون أخيه ، وإن كان يرثه عن الأب . وكذلك لو ادعىاه معاً ، وأقاما به شاهداً واحداً . خلف أحدهما مع الشاهد ، وأبى الآخر ، فإن أعتق أحدهما حصته عتق ومضى إلى باقيه إن كان موسراً ، وهذا قول الخرقى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شريكاً له من عبد<sup>(١)</sup> وكان له ما يباع قيمة العبد قوم عليه قيمة المدل وأعطى شركاؤه حصصهم » ولأنه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك ، فمضى إلى باقيه كغير المكاتب .

وقال أبو بكر والقاضى : لا تعتق إلا حصته ، لأنه إن كان للعتق المقر فهو منفذ ، وإن كان المنكر لم يهر إلى نصيب المقر ، لأنه مكاتب لغيره ، وفى سرابة العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه ، فلم يحز ذلك .

( مسألة )

٨٧٤٣

قال : ( ولا يمنع المكاتب من السفر ) .

وجملته : أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعى وسعيد بن جبير والثورى والحسن بن صالح وأبى حنيفة ، ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره ، لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحمل نجوم كتابته قبله ، لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم فى وقتها والرجوع فى وقته عند عجزه ، فمنع منه كالغريم الذى يحل عليه الدين قبل مدة سفره ، واختلف قول الشافعى فقال فى موضع : له السفر ، وفى قول : ليس له السفر ، فقال بعض أصحابه : فيها قولان ، وقال بعضهم : ليست على قولين إنما هى على اختلاف حالين ، فالموضع الذى قال له السفر إذا كان قصيراً ، لأنه فى حكم الحاضر ، والموضع الذى منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع فى رقه عند عجزه .

ولنا : أن المكاتب فى يد نفسه ، وإنما للسيد عليه دين ، فأشبه الحر المدين ، وما ذكره لا أصل له ويبطل بالحرم الغريم .

( فصل )

٨٧٤٤

فإن شرط عليه فى الكتابة أن لا يسافر فقال القاضى : الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعى وأبى حنيفة ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ، ولأنه

غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه ، كما لو أقرضه رجل قرضاً بشرط أن لا يسافر . وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر ، وهو قول مالك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم»<sup>(١)</sup> ، ولأنه شرطه فيه فائدة فلزم ، كما لو شرط نقداً معلوماً .

وبيان فائدته أنه لا يأمن إياقه ، وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ، ويفارق القرض ، فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه ، فكان المنع من السفر حاصلًا بدون شرطه بخلاف الكتابة ، فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه ، وفيه حفظ عبده وماله ، فلا يمنع من تحصيله ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى . فعلى هذا الوجه لسيد منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه ، وإن لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيله ورده إلى الرق ، لأنه لم يف بما شرطه عليه ، أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة ، واحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه ، فلم يملك تعجيله ، كما لو لم يشترط عليه .

## (فصل)

٨٧٤٥

وإن شرط في كتابته أن لا يسأل ، فقال أحمد : قال جابر بن عبد الله : هم على شروطهم ، إن رابته يسأل تنهاه ، فإن قال : لا أعود لم يردده عن كتابته في مرة ، فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم ، وأنه إن خالف مرة لم يمجزه ، وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيله .

قال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه ، كما إذا حل نجم في نجم عجزه ، فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين ، وإنما صح الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون على شروطهم» ولأن له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً ، وهو أن لا يكون كلاً على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم .

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط ، لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وَفِي الرِّقَابِ)<sup>(٢)</sup> وهم المكاتبون ، فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له .

## ﴿مسألة﴾

٨٧٤٦

قال : ﴿وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده﴾

وهذا قول الحسن ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وأبي حنيفة ، والشافعي وأبي يوسف ، وقال الحسن بن صالح : له ذلك ، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

(١) أخرجه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة (ف)

(٢) سورة التوبة آية ٦٠

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر<sup>(١)</sup> » ولأن على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نجومه ، فيمنع من ذلك كالتبرع به .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه . وقال الثوري : نكاحه وقوف إن أدى تبيننا أنه كان صحيحاً ، وإن عجز فنكاحه باطل .

ولنا : الخبر ، ولأنه تصرف منه للضرر ، فلم يصح كالمهبة ، وما ذكر لا أصل له .  
فإذا ثبت هذا : فإنه يفرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدي من كسبه ، لأنه بمنزلة جنايته . وإن أنت بولد لحقه نسبه ، لأنه من وطء في نكاح فاسد ، فإن كانت المرأة حرة فهو حر ، وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها . فأما إن أذن له سيده في النكاح ، صح منه في قولهم جميعاً ، فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ، ولأن النكاح من نكاحه لحق سيده ، فإذا أذن له زال المانع ، ولأنه لو أذن لمعده القن في النكاح صح منه ، فالمسكاتب أولى .

### (فصل)

٨٧٤٧

وليس له التسرى بغير إذن سيده ، لأن ملكه غير تام ، وقال الزهري : لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسرى .

ولنا : أن ملكه ناقص ، وعلى السيد فيه ضرر ، فيمنع منه كالتزويج . وبيان الضرر فيه أنه ربما أحبلها والحبل عيب في بنات آدم وربما تلفت ، وربما ولدت فصارت أم ولد فيمنع عليه ييمها في أداء كتابتها ، وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة ، فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى . فأما إن أذن له سيده في التسرى جاز له .

وقال الشافعي : لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين ، لأنه أسر بضربه وربما أنفى إلى منعه من العتق فلم يجوز وإن أذن فيه سيده ، ولأنه ناقص الملك ، فلم يجوز له التسرى كوطء الجارية المشتركة .

( ١ ) أخرج ابن ماجه بسنده عن ابن عمر ج ١ ص ٦٠٤ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا تزوج العبد بغير إذن سيده كان عاهراً » وأخرج عنه أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو زان » (ف)

ولنا : أنه لو أذن لعبده التقى في القسرى جاز ، فالمسكاتب أولى ، ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه<sup>(١)</sup> كالتزويج .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا تسرى بإذن سيده أو غير إذنه فلا حد عايه لشبهة الملك ، ولا مهر عليه ، لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه . وإن حبات فالنسب لاحق به ، لأن الحد إذا سقط بالشبهة - منه النسب ويكون الولد مملوكا له ، لأنه ابن أخته ولا يعتق عليه ، لأن ملكه غير تام وليس له بيعه ، لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته . فإن أدى عتق وعتق الولد ، لأنه ملك لأبيه الحر ، وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد .

فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمسكاتب وليس له بيعها ، نص عليه أحمد ، لأن ولدها له حرمة الحرية ، ولا يجوز بيعه ، وبعتق بعتق أبيه ، فكذلك أمه ، فعلى هذا لا يجوز بيعها ، وتسكون موقوفة على المسكاتب إن عتق فعلى أم ولده ، وإن رق رقت .

وقال القاضي في موضع : لا تصير أم ولد بحال وله بيعها ، لأنها حلت بمملوك في ملك غير تام . وللشافعي قولان كهذين الوجهين . وإن وضعته بعد عتقه لأقل من ستة أشهر تبين أنها حلت به في حال رقه ، فالحكم على ما مضى ، وإن أنت به لاكثر من ستة أشهر حكمت أنها حملته حراً ، لأننا لم نتيقن وجوده في حال الرق وتسكون أم ولد لأنها علقت بحرق ملكه . وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا .

### (فصل)

٨٧٤٨

وليس للمسكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر . وذكر من مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر ، لأنه عقد على منفعة فلسكه كالإجارة ، وهو الذي قاله أبو الخطاب في رموس المسائل .

وحكى عن القاضي : أنه قال في الخصال : له تزويج الأمة دون العبد ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ، ولأنه عقد ذمة على منافعتها فأشبهه إيجارها .

ولنا : أن على السيد فيه ضرراً ، لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته ، وإن زوج الأمة ملك الزوج بعضها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها ، وربما امتنع بيعها بالسكاية ، وليس ذلك من جهات المسكاتب ، فربما عجزه ذلك عن أداء نجومه ، وإن عجز عاد رقيقاً للسيد

(١) « فجاز تأديبه كالتزويج » هكذا في النسخة طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٧٩ وطبعة الفقي ج ٩ ص ٤٤١ والصواب « فجاز بإذنه كالتزويج » كما في التمرح الكبير ج ١٢ ص ٣٧٢ (ف) .  
(م ٥٠ - المنى - ج ١٠)

مع مانعاق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص، فلم يحز ذلك له كإعتاقهم . وفارق إجارة الدار فإنها من جهات المسكاسب عادة . فعلى هذا إن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم إليه باعهم ، فإن العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه ، وإن أذن له السيد في ذلك جاز ، لأن الحق له والمنع من أجله فجاز بإذنه .

## (فصل)

٨٧٤٩

وايس له إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده ، وبهذا قال الحسن والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة ، لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال فأشبهه الهبة . فإن أعتق لم يصح إعتاقه ، ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده .

وقال أبو بكر : هو موقوف على آخر أمر المكاتب ، فإن أدى عتق معتقه ، وإن لم يؤدي رق . قال القاضي : هذا قياس المذهب ، كقولنا في ذوى الأرحام إنهم موقوفون .

ولنا : أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلا كالهبة ، ولأنه تصرف تصرفاً منع منه لحق سيده ، فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ، ولا يصح قياسه على ذوى أرحامه ، لأن عتق ذوى أرحامه ليس بتصرف منه . وإنما يعتقهم الشرع على مالكمهم بملكهم ، والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به ، فإذا عتق كل ملكه فعتقوا حينئذ . والمعتق إنما يعتق بالإعتاق الذى كان باطلا فلا تنيقن صحته إذا كل الملك ، لأن كال الملك في الثانى لا يوجب كونه كاملاً حين الإعتاق ، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه .

فأما إن أذن فيه سيده صح ، وقال الشافعي في أحد القولين : لا يصح ، لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى ، أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ، ولأن ملك للمكاتب ناقص والسيد لا يملك إعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح إذنه<sup>(١)</sup> فيه .

ولنا : أن الحق لا يخرج عنهما ، فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن . وما ذكروه يبطل بالنكاح ، فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه ، وإذا أذن له فيه جاز . وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً ، فإن عتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق بمال يملكه من ذوى أرحامه . هذا قول القاضي . وقال القاضي أبو بكر : يكون لسيده ، لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كالنائب له .

(١) ( فلم يصح لأنه فيه ) هكذا في للمغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٨١ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٤٣ والصواب ( فلم يصح إذنه فيه ) كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٧٥ (ف).

## (فصل)

٨٧٥٠

والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاكه ولا هبته ، وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، لأن حق سيده لم يقطع عنه ، لأنه قد يعجز فيعود إليه ، ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء ، وهبة ماله تفوت ذلك . وإن أذن فيه سيده جاز . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، لأنه يفوت المقصود بالكتابة . وعن الشافعي فيه كلامهين .

ولنا : أن الحق لا يخرج عنهما ، فجاز باتفاقهما كالأمر والرتن . فأما الهبة بالثواب فلا تصح . وقال الشافعي في أحد قوليه : تصح لأن فيها معاوضة .

ولنا : أن الاختلاف في تقدير الثواب بوجوب الفرر فيها ، ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسبية ، وإن أذن فيها السيد جازت ، وإن وهب لسيده جاز ، لأن قبوله الهبة إذن فيها ، وكذلك إن وهب لابن سيده الصغير .

## (فصل)

٨٧٥١

ولا يحايى في البيع ، ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ، ولا يبر دابة ، ولا يهدى هدية . وأجاز ذلك أصحاب الرأي ، ويحتمل جواز إغارة دابته وهدية للأكل ودعائه إليه ، لأن ذلك يجوز للأذن له ولا ينحط للمكاتب عن درجته . ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يحز كالمهبة ، ولا يوصى بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ، ولا يقرض ، ولا يضمن ، ولا يتكفل بأحد ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، لأن ذلك تبرع بماله ، ففنع منه كالمهبة .

## (فصل)

٨٧٥٢

وليس له أن يبيع إن احتاج إلى إنفاق ماله فيه . ونقل الميموني عن أحمد للمكاتب أن يبيع من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمه ، وهذا محمول على أنه يبيع بإذن سيده ، أما بغير إذنه فلا يجوز ، لأنه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يحز كالمعتق .

فأما إن أمكنه الحج من غير إنفاق ماله كالذي يتبرع له إنسان بإحجائه ، أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه ، لأن هذا يجري مجرى تركه للكسب ، وليس ذلك مما يمنع منه .

## (فصل)

٨٧٥٣

وليس للمكاتب أن يكتسب إلا بإذن سيده ، وهذا قول الحسن والشافعي ، لأن الكتابة نوع إعطاء فلم تجز من المكاتب كالمعجز ، ولأنه لا يملك الإعطاء فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة . واختار

القاضى : جواز الكتابة ، وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى رموس المسائل ، وهو قول مالك وأبى حنيفة والثورى والأوزاعى ، لأنه نوع معاوضة فأشبهه البيع .

وقال أبو بكر : هو موقوف كقوله فى المتق للنجز ، فإن أذن فيها السيد صححت ، وقال الشافعى : فيها قولان . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم .

فإذا كاتب عبده فمجزا جميعا صار رقيقين للسيد ، وإن أدى المكاتب الأول ثم أدى الثانى فولاء كل واحد منهما لمكاتبه . وإن أدى الأول وعجز الثانى صار رقيقا للأول . وإن عجز الأول وأدى الثانى فولأؤه للسيد الأول . وإن أدى الثانى قبل عتق الأول عتق ، قال أبو بكر : ولأؤه للسيد ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن الممتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب . ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه .

وقال القاضى : هو موقوف إن أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولى الشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن العبد ليس بملك له ، ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يمتق فى ملكه .

وقولهم : لا يجوز أن يقف كالم يقف النسب والميراث ، فليس كذلك ، فإن النسب يقف على بلوغ اللغلام وانسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين ، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل ، وهو ما يجره موالى الأب من مولى الأم ، فجاز أن يكون موقوفا ، والنسب والميراث بخلاف ذلك . فان مات الممتق قبل عتق المكاتب وقلنا : الولاء للسيد ورثه . وإن قلنا : هو موقوف فيرثه أيضا موقوف .

### ( فصل )

٨٧٥٤

وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلمة بإضماف قيمتها ، وهذا مذهب الشافعى . لأن فيه تغريرا بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به .

قال القاضى : ويتخرج الجواز بناء على الضارب أن له البيع نسيئة فى إحدى الروايتين : فيخرج هاهنا مثله ، وسواء أخذ بالثمن ضميما أو رهنا أو لم يأخذ ، لأن الفرر لم يزل ، فإن الرهن يحتمل أن يتلف ، ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين ، لأن الوثيقة قد حصلت به ، والموارض نادرة على خلاف الأصل .

فإن باع بأكثر مما يساوى حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز ، لأن الزيادة ربح . وإن اشترى نسيئة جاز ، لأنه لا غرر فيه ، ولا يجوز أن يدفع به رهنا ، لأن الرهن أمانة ، وقد يتلف أو يحجده الغريم ، وليس له



أن يدفع ماله سلمًا ، لأنه في معنى البيع نسيئة ، وله أن يستسلف في ذمته ، لأنه في معنى الشراء نسيئة .  
وليس له أن يقرض ، لأنه تبرع بالمال وفيه خطر به ، وله أن يقترض لأنه ينتفع بالمال . وليس له أن يدفع ماله  
مضاربة ، لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به . وله أن يأخذ المال قراضًا ، لأنه من أنواع الكسب . ومذهب  
الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا .

## (فصل)

٨٧٥٥

وللمسكاتب أن يبيع ويشترى بإجماع من أهل العلم ، لأن عقد الكتابة لتعصيل العتق ، ولا يحصل  
إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكنتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فإنه  
قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة <sup>(١)</sup> .

وله أن يأخذ ويعطى فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه . وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه  
في مأ كلة ومشربه وكسوته بالمعروف مما لا غناء له عنه وعلى رقيقته والحيوان الذي له . وله تأديب عبيده  
وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك ، لأنه من مصلحة ملكه فلا ينفق عليهم . ولا يملك إقامة الحد  
عليهم ، لأن هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها .

وله المطالبة بالشفعة والأخذ بها لأنه نوع شراء ، فإن كان المشتري للشخص سيده فله أخذه منه ، لأن له أن  
يشترى منه ، وإن اشترى المسكاتب شقصًا لسيده فيه شركة فله أخذه من المسكاتب بالشفعة ، لأنه مع سيده في  
باب البيع والشراء كالأجنبي ، وإن وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المسكاتب أن سيده عفا عنها سمعت  
دعواه ، وإن أنكره السيد كان عليه اليمين . وإن أذن السيد لمكاتبه في البيع بالخبايا صح منه ، وكان  
لسيده الأخذ بالشفعة ، لأن بيعه بالخبايا مع إذن سيده فيه صحيح . ويصح إقرار المسكاتب بالبيع والشراء  
والعيب والتدين ، لأنه يصح نصرته فيه بذلك ، ومن ملك شيئًا فله الإقرار به .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٥٦

قال : ﴿ ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين ﴾ .

وجملته : أن الربا يجري بين العبد وبين سيده ، فلم يجوز أن يبيعه درهما بدرهمين كالأجنيين . وقال  
ابن أبي موسى : لاربا بينهما ، لأنه عبد في الأظهر من قوله ، ولا ربا بين العبد وسيده ، ولهذا جاز أن يعجل  
لسيده ويضع عنه بعض كتابته . وله وطء مكاتبته إذا شرط ، ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد ،  
ووجه قول الخرق : أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي ، بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة

(١) ورد في سنن سعيد بن منصور « تسعة أعشار الرزق في التجارة .. » عن نعيم بن عبد الرحمن

الأزدى ويحيى بن جابر الطائي مرمل (ف) :

على صاحبه ، ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه ، وإنما يتعاق لسيدة حق فيما بيده لكونه  
بمرضيه أن يعجزه فيعود إليه ، وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه . فعلى هذا القول لا يجوز  
التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجانب ، ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب .

## (فصل)

٨٧٥٧

فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين ، مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة  
أو غيرها ، وللمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد ، حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً ، تقاضا  
وتساقطاً ، لأنهما إذا تساقطا بين الأجانب فمع السيد ومكانه أولى : وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير  
فقال ابن أبي موسى : لو كان له على سيده ألف درهم ولسيدة عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز  
بخلاف الحرين .

وقال القاضي : لا يجوز هذا ، لأنه بيع دين بدين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين  
بالدين<sup>(١)</sup> ، ولأنه لا يجوز بين الأجانب ، فلم يجوز بين المكاتب وسيدة كسائر المحرمات . وفارق العبد القن  
فإنه باق في تصرف سيده ، وما في يده ملك خالص لسيدة له أخذه والتصرف فيه ، فعلى هذا لا يجوز مع  
التراضى به وعلى قول أبي موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعا . ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به ،  
لأنه بيع .

فأما إن كان عرضين أو عرضاً ونقداً لم تجز انقضاء فيهما بنير تراضيهما بحال ، سواء كان القرض من  
جنس حقه أو غير جنسه . وإن تراضيا بذلك لم يجوز أيضاً ، لأنه بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من  
الآخر حقه ، ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز إذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم ، فإن ثبت  
عن سلم ، يجوز أخذ عوضه قبل قبضه .

وفي الجملة أن حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الأجانب : إلا على قول ابن أبي موسى الذي  
ذكرناه ، والله أعلم .

## ﴿مسألة﴾

٨٧٥٨

قال : ﴿وليس للرجل أن يبطأ مكانته إلا أن يشترط﴾ .  
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في وطئها بنير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم ، منهم سعيد بن المسيب والحسن

(١) عن ابن عمر أن «البي صلى الله عليه وسلم» لم ينه عن بيع الكائى بالكائى «أخرجه الحاكم والبيهقي  
والدائغى وروى البيهقي عن نافع قال : «هو بيع الدين بالدين» (ف) .

والزهري ومالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وقيل : له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه ، لأنها ملك يمينه فتدخل في عمره قوله تعالى : ( أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ <sup>(١)</sup> ) .

ولنا : أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها ، وملك عوض منفعة بضمها فيما إذا وطئت بشبهة ، فأزال حل وطئها كالبيع ، والآية مخصوصة بالزوجة فتقيس عليها محل النزاع ، ولأن الملك هاهنا ضعيف لأنه قد زال عن منافعها جنة ، ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها ، وتفرق أم الولد ، فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته ، فأشبهت المدبرة والموصى بها : وإنما امتنع البيع لأنها استحققت العتق بموته استحقاقاً لازماً لا يمكن زواله .

الفصل الثاني : إذا شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وقال سائر من ذكرنا : ليس له وطؤها ، لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط ، كما لو زوجها أو أعنتها .

وقال الشافعي : إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد ، لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك : لا يفسد العقد به ، لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « للمؤمنون عند شروطهم <sup>(٢)</sup> » ولأنها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها .

بحق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود التمتع لحل وطئها إنما كان لحقها ، فإذا شرطه عليها جاز كما للخدمة ، ولأنه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة ، وفارق للبيع لأنه يزيل ملكه عنها .

### ( فـ ص ل )

٨٧٥٩

فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر ، لأنه وطء يملكه ويباح له ، فأشبهه وطأها قبل

#### (١) سورة المؤمنون آية ٦

(٢) ورد « للمسلمون على شروطهم » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٣ والحاكم عن أبي هريرة وضعفه ابن حزم وعبد الحق وحسنه الترمذي ، وأخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف للزني ج ٢ ص ٢٥٣ قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وأخرجه الطبراني عن رافع بن خديج بلفظ « للمسلمون عند شروطهم فيما أحل » وأخرجه الحاكم عن أنس وعن عائشة بلفظ « للمسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك » قال الحافظ في تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٣ « الذي وقع في جميع الروايات « للمسلمون » بدل « للمؤمنون » (ف) .

كتابتها . وإن وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التزير ، لأنه وطئ محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء ، لا نعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن والزهرى فإنهما قالوا : عليه الحد ، لأنه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطئ فأوجب الحد بوطنها كالبيع .

ولنا : أنها مملوكته فلم يجب الحد بوطنها كأتمته المستأجرة والموهوبة ، وتحالف البيع ، فإنه يزيل الملك ، والكتابة لا تزله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم »<sup>(١)</sup> وعليه مهرها لها ، لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها ، فكان عليه عوضها كنفانها .

### (فصل)

٨٧٦٠

وإن أولدها صارت أم ولد له ، سواء وطئها بشرط أو بغير شرط ، لأنه أحبلها بحر في ملكه ، فكانت أم ولده كغير المكاتبية ، والولد حر لأنه ولده من مملوكته ، ويلحقه نسبة لذلك ، ولأنه من وطئ سقط فيه الحد للشبهة ، فأشبه ولد المفرور ، ولا تلزمه قيمته ، لأنها وضعت في ملكه .

### (فصل)

٨٧٦١

وليس له وطئ بنتها ، لأنها تابعة لأمتها موقوفة معها ، فلم يباح وطؤها كأمتها ، ولا يباح ذلك بالشرط ، لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ، ولم يكن وطؤها مباحاً حال العقد بشرطه ، فإن وطئها فلا حد عليه لأنها ملكه ، ويأنم ويعزر لأنه وطئ فرجاً محرماً ولها مهر عليه ، حكمه حكم كسبها يكون لأمتها تستعين أبه في كتابتها ، لأن ذلك سبب حريتها ، وإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر ، لأنه أحبلها بحر في ملكه ، ويلحقه نسبه ، ولا تجب عليه قيمتها لأن أمتها لا تملكها ، ولا قيمة ولدها لأنها وضعت في ملكه .

### (فصل)

٨٧٦٢

وليس له وطئ جارية مكاتبته ولا مكاتبته اتفاقاً ، فإن فعل أنم وعزر ، ولا حد عليه لشبهة الملك ، لأنه يملك مالكمها ، وعليه مهرها لسيدتها ، وولده منها حر يلحقه نسبه ، لأن الحد سقط لشبهة الملك ، وتصير أم ولد له ، وعليه قيمتها لسيدتها ، لأنه أخرجها بوطنه عن ملكه ، وكان عليه قيمتها لسيدته ، ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعت في ملكه ، ويحتمل أن تلزمه قيمته ، لأنه أخرجها بوطنه عن أن يكون مملوكاً لسيدتها فأشبه ولد المفرور .

### (فصل)

٨٧٦٣

ولا يملك إحبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ، لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نعمها

ونفع بضمها ومن عوضه ، وليس لواحدة منهما التزوج بغير إذن ، لأن عليه ضرراً في ذلك ، فإنه يثبت للزوج حقاً فيها ، فربما عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها ، فإن تراضيا بذلك جاز ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، وهو وليها وولي ابنتها وجاريتهما جميعاً ، لأن الملك له ، فأشبهه الجارية القن ، والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا في مهرهن إذا وطئن السيد .

٨٧٦٤

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني ، وكان عليه مهر مثلها ﴾ .

وجملة الأمر : أن السيد إذا وطئ مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا أنه لا حد عليه ، لسكن إن كانا عالين بالتحريم عزراً ، وإن كانا جاهلين عزراً<sup>(١)</sup> ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً عزراً العالم وعزراً الجاهل ، ولا يخرج بالوطء عن الكتابة . وقال الليث : إن طأوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قفاً . ولنا : أنه عقد لازم فلم يفسخ بالمطوعة على الوطء كالإجارة والبيع بمد لزومه ، فأما المهر فإنه يجب لها أكرهها أو طأوعته ، وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي . وقال قتادة : يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طأوعته ، ونقله المزني عن الشافعي ، لأن المطوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية . ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين ، وأنكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا : لا يعرف . وقال مالك : لا شيء عليه لأنها ملكة .

ولنا : أنه عوض منفعتها ، فوجب لها كم عوض بدنها ، ولأن المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ، ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها ، وإما وجب في حال المطوعة ، لأن الحد يسقط عنه لشبهة الملك ، فوجب لها للمهر ، كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطوعة ، فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الأول فلتأني مهر أيضاً ، لأن الأداء قطع حكم الوطء الأول ، وإذا لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد ، لأن هذا عن وطء الشبهة ، فلم يكن إلا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد .

٨٧٦٥

( فصل )

وإذا وجب لها المهر ، فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة ، وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً ، وإن كان من جنسه تقاصاً وأخذ ذو الفضل فضله .

( ١ ) في طبعة رديـد للنسخ ج ١٢ ص ٣٩١ والشرح الكبير نفس الصفحة وطبعة الفتى ج ٩ ص ٤٥١ « وإن كانا جاهلين عزراً وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً عزراً العالم وعزراً الجاهل » وأرى أنه وقع تحريف هنا والصواب « وإن كانا جاهلين عزراً — بالعدل لا بالزنى — وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً عزراً — بالزنى — وعند — بالعدل — الجاهل » ( ف ) .

٨٧٦٦

﴿مسألة﴾

قال: (فإن علفت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد، وبين المضي على كتابتها، فإن أدت عتقت، وإن عجزت عتقت بموته، وإن مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد، ويسقط عنها ما بقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها).

وجملته: أن السيد إذا استولد مكانته فالولد حر، لأنه من مملوكته ونسبه لاحق به، ولا تجب قيمته لذلك، وتصير أم ولد له لذلك، ولا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه. هذا قول الزهري ومالك والنوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال الحكم: تبطل كتابتها، لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالتيدير.

ولنا: أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتمليك بصفة، وما ذكره يبطل بالتمليك بالصفة، وتنفارق الكتابة التديير من وجوه:

أحدها: أن حكم التديير والاستيلاء واحد، وهو العتق عقيب للوث، والاستيلاء أقوى لأنه يعتبر من رأس المال، ولا سبيل إلى إبطاله بحال، فاستغنى به عن التديير، والكتابة سبب يتمجل بها العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها، ويملك بها منافعتها وكسبها، وتخرج عن تصرف سيدها، وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها.

الثاني: أن الكتابة أقوى من التديير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا يبيع المالك ولا هبته.

الثالث: أن التديير تبرع، والكتابة عقد معاوضة لازم.

فإذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية، فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به، كما لو انفرد، لأن انضمام أحدها إلى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه، فإن أدت عتقت بالكتابة، وما فضل من كسبها فهو لها، لأن العتق بالكتابة له ما فضل من نجومه، وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفرداً، كما لو لم تكن مكاتبة، وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتمتق بموته، وما في يدها لورثة سيدها.

وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لأنها أم ولد، وتسقط الكتابة، لأن الحرية حصلت فسقط للموؤس البذول في تحصيلها، كما لو باشرها سيدها بالعتق، وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرق وأبي الخطاب، لأنها عتقت بحكم الاستيلاء وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة.

وقال القاضي في المجرى وابن عقيل في كتابه: ما فضل في يدها لها، وهو قول الشافعي، لأن العتق إذا

وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة ، ولأن ملكها كان ثابتاً على ما في يدها ، ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها ، فيقتضى زوال حقه عما في يدها ، وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها ، وهذا أصح والله أعلم .

## (فصل)

٨٧٦٧

وإن أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها ، وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه ، فأما على قول الخرق ومن وافقه فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاء ، ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضاً ، لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضا منه بإعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاء ، فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتقائه لتمسك السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء . فحق كان له غرض في أخذ ماله إما لكثرة وفضله عن نجوم كتابته ، وإما لفرض له في بعض أعيان ماله أعتقه وأخذ ماله ، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع .

## (فصل)

٨٧٦٨

وإن أنت بولد من غير سيدها بعد استيلائها ، فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين ، أيهما سبق عتق به كالألم سواء ، لأنه بائع لها ، فيثبت له ما يثبت لها . وإن ماتت المكاتبه بقي للولد سبب الاستيلاء وحده . وإن اختلفا في ولدها فقالت : ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي ، وقال السيد : بل قبله ، فقال أبو بكر : القول قول السيد مع يمينه .

وهذا قول الشافعي ، لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقاً ، لسيدهما التصرف فيهما ، وهي تدعى ما يمنع التصرف . وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد : هو لي لأنها ولدته قبل بيعها لك ، وقال المكاتب : بل بعده ، فالقول قول المكاتب ، لأنهما اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه ، فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال . ويفارق ولد المكاتبه لأنها لا تدعى ملكه .

## (فصل)

٨٧٦٩

إذا كانت الأمة بين شريكين ، فسكاتها ، ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطيء لمكاتبته الخالصة له ، لأن الوطء هاهنا حرم من وجهين : الشركة والسكرتابة ، فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر ، وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً ، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر ، فإذا حل نجمها سلمته إليهما . وإن حل نجمها وهو من جنس مال السكرتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطيء بالمهر ، وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته

إلى الآخر ، وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة ، فالحكم فيه كما لو كان من جنسها . وإن لم يتفقا قبضته ودفعته بما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره . وإن عجزت فسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه أدى لم يظاً وسقط المهر من ذمة الواطى .

وإن لم يكن في يدها شيء كان لأدى لم يظاً أن يرجع على الواطى بنصفه ، لأنه وطى جارية مشتركة بينهما . فإن حبلى منه صارت أم ولد له ، وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً أداه في الحال ، وإن كان معسراً فهو في ذمته ، هذا ظاهر كلام الخرقى ، ذكر مثل هذا في باب العتق .

فملى هذا نصير أم ولد للواطى ومكانته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتها ، وتعتبر قيمتها بما تساوى مكانته مبقاة على ما بقى عليها من كتابتها .

واختار للقاضى أنه إن كان معسراً لم يسر الإحبال ، لأنه بمنزلة الإعاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ، ونصيب الواطى قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ، ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة فإن أدت إليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ، وإن عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها فن لا يقوم على الوارث ، وإن كان موسراً لأنه ليس بمعتق .

وإن مات الواطى قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكانتها ، وإن كان الواطى موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف . فإن أدت إليهما عتقت كلها ولاؤها لها ، وإن عجزت وفسخا الكتابة قومتها حينئذ على الواطى ، فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه ونصير جميعها أم ولد له ، فإن مات عتقت عليه وكان ولاؤها له . وهذا مذهب الشافعى . وله قول آخر : أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك ونصير جميعها أم ولد ونصفها مكانتها للواطى . فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقي لأنه ملكه وعتق جميعها ، وإن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة ، فإذا مات عتقت كلها .

ولنا : أن بعضها أم ولد فسكان جميعها كذلك ، كما لو كان الشريك موسراً . يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطى ونسبه لاحق به ، فيجب أن يثبت ذلك للجميع . ويفارق الإعتاق ، فإنه أضعف على ما بينا من قيل .

ولنا : على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهي في ملكه ، وكما لو لم تحبل منه . فأما الولد فإنه حر لأنه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته ، لأنها وضعت في ملكه .



وروى عن أحمد في هذا روايتان :

إحداهما : لا تجب قيمته لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين الملوک ، وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه .

والثانية : عليه نصف قيمته ، لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه ، فقد تلف رقه عليه ، فكان عليه نصف قيمته ، وقال القاضي : هذه الرواية أصح على المذهب . وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها إن وضعت بعد التقويم فلا شيء على الواطئ ، وإن وضعت قبل التقويم غرم نصف قيمته . فإن ادعى الواطئ الاستبراء وأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد ، وكان حكم ولدها حكما ، وإن أنت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به ، كما لو كان قبل الاستبراء ، لأننا تبيننا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء .

### (فصل)

٨٧٧٠

وإن وطئها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها ، فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما ، وإن كانت بكرا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب . فإن كان نجما لم يحل فلها مطالبتها بالمهرين ، وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة ، فإن أدت إليهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين ، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها للمهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء ، لأنها قبضتهما وهي مستحقة لذلك ، فإن كانا في يدها اقتسمهما ، وإن تلفا أو بضمهما فلا شيء لهما ، لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاصا منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة . وإن قبضت البمض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه . وإن قبضت البمض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها . وإن أفضاها<sup>(١)</sup> أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها ، لأن الإفضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها ، فوجب في الأمة ثلث قيمتها مع المهر .

### (فصل)

٨٧٧١

ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها ، وقال القاضي : تلزمه قيمتها ، وهو مذهب الشافعي . والخلاف في ذلك فرع على الواجب في إفضاء الحرة وقد ذكرناه . فإن فسخت الكتابة رجع من لم يقضها على الآخر

(١) الإفضاء : خرق الحاجر بين مملك البول ومملك الذكر في لاراة بحيث يصبح للسلكان واحدا (ف)

بنصف قيمة الإفشاء ، على الخلاف الذى ذكرناه ، وإن ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه الذى أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرى ، وإن نكل أحدهما قضى عليه ، وإن كان الخلاف فى ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه . وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى .

## (فصل)

٨٧٧٢

فإن أولادها كل واحد منهما وانفقا على السابق منهما ، فعلى قول الخرقى تصير أم ولده ولوله حر لأحق النسب به . والخلاف فى ذلك كالخلاف فيما إذا انفرد بإبلادها سواء .

وأما الثانى : فعلى قول الخرقى قد وطئ أم ولد غيره بشبهة وأولادها فلا تصير أم ولده ، لأنها مملوكة غيره ، فأشبه ما لو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لها ، لأن الكتابة لم تبطل والولد حر لأنه من وطء شبهة ، وعليه قيمته للأول ، لأنه فوت رقه عليه ، فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له ، حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة . وقد ذكرنا فى وجوب نصف قيمة الأول خلافاً .

فإن قلنا : بوجوبها تقاصاً بما لى لكل واحد منهما على صاحبه فى القدر الذى تساوى فيه ، ويرجع ذو الفضل بفضلها وتعتبر القيمة يوم الولادة ، لأنها أول حال أمكن التقويم فيها . وذكر القاضى فى هذه المسألة أربعة أحوال :

أحدها : أن يكونا موسرين ، فالحكم على ما ذكرنا ، إلا أنه جعل المهر الواجب على الثانى للأول . وهذا مذهب الشافعى . ولا يصح . لأن الكتابة لا تبطل بالاستيلاء ، ومهر المسكينة لها دون سيدها ، ولأن سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها ، فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ، ولأنه عوض نفقها فكان لها كأجرتها .

الثانى : أن يكون الأول موسراً والثانى معسراً ، فيكون كالحال الذى قبله سواء . قال القاضى : إلا أن ولده يكون مملوكاً لإعساره بقيمته وهذا غير صحيح ، لأن الولد لا يرق لإعسار والده ، بدليل ولد المغرور من أمة والوطء شبهة . وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالإعسار واليسار ، وإنما يعتبر اليسار فى سراية العتق ، وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة فى الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه ، والصحيح أنه حر وتجب قيمته فى ذمة أبيه .

الحال الثالث : أن يكونا معسرين ، فإنها تصير أم ولد لهما جميعاً نصفها أم ولد للأول ، ونصفها أم ولد لثانى ، قال : وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه . وفى ولد كل واحد منهما وجهان : أحدهما : أن يكون كله حراً وفى ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه .

والثاني : نصفه حر وباقيه عبد لشريكه ، إلا أن نصف ولد الأول عبد قن ، لأنه تابع للنصف الباقي من الأم ، وأما النصف الباقي من ولد للثاني فخكه حكم أمه ، لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاء للأول ، فكانت نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك . وامل القاضي أراد ما إذا عجزت وفسخت الكتابة . فأما إذا كانت باقية على الكتابة فإن لها المهر كاملاً على كل واحد منهما . وإذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها في الكتابة ، لأن ولد الكتابة يكون تابعاً لها .

الحال الرابع : أن يكون الأول معسراً والثاني موسراً ، فخكه حكم الثالث سواء ، إلا أن ولد الثاني حر ، لأن الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر ، فسرى إلى جميعه ، وعليه نصف قيمته لشريكه ، ولم تقوم عليه الأم لأن نصفها أم ولد للأول . ولو صح هذا لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد ، لأن حكمه حكم أمه في هذا ، فإذا منع حكم الاستيلاء السراية في الأم منه فيا هو تابع لها . ومذهب الشافعي في هذه المسألة قريب عما ذكره القاضي .

## (فصل)

٨٧٧٣

وإن اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق ، فعلى قولنا : لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية ، لأنه يقول : صارت أم ولد لي بإحبال إليها ، ووجب لشريكي على نصف قيمتها ، ولى عليه قيمة ولده ، لأنه يقول : أولدتها بعد أن صارت أم ولد لي . وهل يكون مقرراً له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين ، سبق ذكرهما . فعلى هذا إن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاضا وتماقضا ، ولا يمين لواحد منهما على صاحبه ، لأنه يقول : لى عليك مثل مالك على والجنس واحد فنساقطا . وإن زاد ما يقر به فلا شيء عليه ، لأن خصمه يكذبه في إقراره ، وإن زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ، ويثبت للأمة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لإقراره بذلك ، ولا يقبل قوله : لى شريكه في إعتاق نصيبه .

وقال أبو بكر : في الأمة قولان :

أحدهما : يقرع بينهما ، فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له .

والثاني : تكون أم ولد لها ولا يطؤها واحد منهما . قال : وبالأول أقول .

وأما القاضي فاختار أنها كإنا موسرين فكل واحد منهما يدعى المهر على صاحبه ويقر له بنصفه ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الأول ، لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر . وأما إذا مات الآخر عتقت ، لأن سيدها قد مات يقيناً . وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ويصدق الآخر ، لأن الاستيلاء لا يسرى مع الإعسار ، وكل واحد منهما

يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه فيتقاصان إن تساويا . وإذا فضل أحدهما صاحبه نظرت ، فإن كان كل منهما يدعى الفضل نحالفا وسقط ، وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر به ، وفي الولد وجهان :

أحدهما : يكون حراً ، فيكون كل واحد منهما يدعى على الآخر نصف قيمة الولد .  
والوجه الثانى : نصفه حر ، فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه ، فيكون الولدان بينهما من غير يمين .  
وعلى الوجه الأول يتقاصان إن تساوت قيمة الولدين ، ولا يمين فى الموضعين ، فأيهما مات عتق نصيبه وولأؤه له . وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ، ويدعى عليه جميع المهر وقيمة الولد . والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ، فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية ، لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ، ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ، ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ، ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة ، لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ، ويحلف له للموسر على نصف قيمة الولد الذى ادعاه المعسر عليه .

فأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه ، وباقيها يتنازعا عنه ، فإن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته ، فإذا مات المعسر عتق باقيها ، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء .  
فإذا مات الموسر عتق جميعها ، ويحلف على قول أبى بكر أن يقرع بينهما فى النصف المختلف فيه .

### ( فصل )

٨٧٧٤

فإن وطئها ممّا فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، مثل أن تأتى به بعد استبرائها منها ، أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما ، أو قبل مضى ستة أشهر منذ وطئها كل واحد منهما ، فإن الولد منى عندهما وهو مملوك لهما ، حكمه حكم أمه فى المقتى بأدائها ، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه ، لأن دعوى الاستبراء فى الأمة كالإمان فى الحرة .

القسم الثانى : أن يكون من أحدهما بيمينه دون صاحبه ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بيمينه ، من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف فى ذلك . وأما الذى لم تحبل من وطئها فإن كان الأول فعلية المهر لها ، وإن كان هو الثانى فقد وطئ أم ولد غيره . فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً . وإن كانت الكتابة قد فسخت فالمر لذى استولدها ، وقد وجب للثانى على الأول نصف قيمتها ، وفى قيمة نصف الولد روايتان ، فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين ، وإن كان المهر لها

رجع بحقه على الذى أحبلها . وأما القاضى فقال فى هذا القسم : الحكم فى الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل والتطويل .

وأما الثانى : فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا ، فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها ، فإن كان فسخ الكتابة فى حق نفسه لمجزها فالهر له ، لأنها أم ولده ، وإن كان لم يفسخ فالهر بيته وبينها نصفين . وإن وطئها بعد زوال الكتابة فى حقها وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهرها ، لأن نصفها فن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة ، أو له إن كان فسخ . وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران . والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم . فأما إن كان الولد من الثانى فالحكم فى وطء الأول كالحكم فيه إذا وطئ منفرداً فلم يحبلها .

وأما الثانى : فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز ، فإن فسخا الكتابة قوتها عليه وصارت أم ولد له . وإن رضى الثانى بالمقام على الكتابة قوتها عليه نصيب الأول ، وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ، ويرجع الأول على الثانى بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ، ويرجع الثانى على الأول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقياً عليهما . وإن كان الثانى معسراً فالحكم فيه كما لو ولدت من الأول وكان معسراً لا فضل بين المسألتين .

القسم الثالث : أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما ، فإنه يرى القافة معهما فيلحق بمن أحقوه به منهما ، فمن ألحق به فحكمه حكم ماله عرف أنه منه بغير قافة .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٧٧٥

قال ﴿ وإذا كاتب نصف عبد فأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة إن كان الذى كاتبه معسراً ، وإن كان موسراً ، عتق عليه كله ، وصار نصف قيمته على الذى كاتبه لشريكه ﴾

وجملته: أن الرجل إذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه ، سواء كان باقية حراً أو مملوكاً لغيره ، وسواء أذن فيه للشريك أو لم يأذن . هذا ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر وقول الحكم وابن أبى ليلى ، وحكى ذلك عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعمري ، وكره الثورى وحماة كتابته بغير إذن شريكه .

وقال الثورى : إن فعل رددته إلا أن يكون نقده فيضمن لشريكه نصف ماله يده . وقال أبو حنيفة : نصح بإذن الشريك ولا تصح بغير إذن ، وهذا أحد قولى الشافعى ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذنه فيما مضى

في ذلك يقتضى الإذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ، ولا يرجع الإذن بشيء منه . وقال أبو يوسف ومحمد : يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعى في أحد قوليهِ : إن كان باقيه حراً صحّت كتابته ، وإن كان باقيه ماسكاً لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن ، لأن كتابته تقتضى إطلاقه في رد الكسب والمسافرة وملك نصفه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لنلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيؤدى إلى أن يؤدى نصف كتابته ويمتق جميعه .

ولنا : أنه عقد معاوضة على الصفة فصح كبيعته ، ولأنه ملك له بصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ، ولأنه ينفذ إعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل ، وكأ لو كان باقيه حراً عند الشافعى ، أو أذن فيه الشريك عند الباقيين .

وقولهم : إنه يقتضى المسافرة والكسب وأخذ الصدقة .

قلنا : أما المسافرة فليست من المقتضيات الأصلية ، فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد . وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه ، وأخذه الصدقة بجزئه بالكتابة . ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ، ولا حق للشريك فيه ، فكذلك فيما حصل به ، كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر . وأما الكسب فإن هأياه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً ، وإن لم يهايشه فكسب بجملة شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي ، لأنه كسبه بجزئه المملوك فيه ، فأشبهه ماله كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم : إنه يفضى إلى أن يؤدى بعض الكتابة فيعتق جميعه

قلنا : يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال ، فإنه يؤدى عوض البعض ويمتق الجميع . على أننا نقول : لا يمتق حتى يؤدى جميع الكتابة ، فإن جميع الكتابة هو الذى كاتبه عليه مالك نصفه ، ولم يبق منها شيء فلا يمتق حتى يؤدى جميعها ، ولأنه لا يمتق الجميع بالأداء وإنما يمتق الجزء المكاتب لا غير ، وباقيه إن كان المكاتب ممسراً لم يمتق وإن كان مومساً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كالأعتق بهضه عتق جميعه ، فإذا جاز جميعه بإعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق .

إذا ثبت هذا فإنه إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يرد الجزء الذى كاتبه ، لأن الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع . وليس للعبد أن يؤدى إلى مكاتبه شيئاً حتى يؤدى إلى شريكه مثله ، سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن ، لأنه إنما أذن في كتابة نصيبه ، وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضى أن يكون معروفاً في الكتابة . هذا إذا كان الكسب بجميعه . فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يمتق ، لأن

الكتابة الصحيحة تقتضى العتق ببراءته من العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له ، وإن أدى إليهما جميعاً عتق كله ، لأن نصفه يمتق بالأداء ، فإذا عتق سرى إلى سائرهما وإن كان الذى كاتبه موسراً ، لأن عتقه يسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق ، أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ، ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق .

فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئته للمكاتب ، مثل أن هأيا سيدة فكسب شيئاً فى نوبته ، أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره ، فلا حق لسيدة فيه ، وله أداء جميعه فى كتابته ، لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة ، فأشبه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه .

فلو كان ثلثه حراً ، وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً ، فورث بجزئته الحر ميراثاً وأخذ بجزئته للمكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله فى كتابته لأنه ما استحق بجزئته الرقيق شيئاً منه ، فلا يستحق مالكه منه شيئاً . وإذا أدى جميع كتابته عتق ، فإذا كان الذى كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتمد نصيبه ، كما إذا واجبه بالعتق ، إلا على الرواية التى نقول فيها بالاستسعاء ، فإنه يستسمى فى نصيب الذى لم يكاتب ، وإن كان موسراً سرى إلى باقيه .

## ( فصل )

٨٧٧٦

وإذا كان العبد كله مملوكاً لرجل فكاتب بعضه جاز ، قاله أبو بكر ، لأنها معاوضة فصحت فى بعضه كالبيع ، فإذا أدى جميع كتابته عتق كله ، لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فإلى ملكه أولى . ويجب أن يؤدى إلى سيدة مثلى كتابته ، لأن نصف ما يكسبه يستحقه سيدة بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدى فى الكتابة ، إلا أن يرضى سيدة بتأدية الجميع فى الكتابة فيصح . وإذا استوفى اللال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيته بالسراية .

## ( فصل )

٨٧٧٧

وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معاً جاز ، سواء تساوى فى العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا ، وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يجوز أن يتفاضلا فى المال مع التساوى فى الملك ، ولأن التساوى فى المال منع التفاضل فى الملك ، لأن ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك .

ولنا : أن كل واحد منهما يمتد على نصيبه عقد معاوضة ، فجاز أن يختلفا فى العوض كالبيع ، وما ذكره لا يلزم ، لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند المعجز ، وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدى إليهما على التساوى ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على

قدر المسكين ، فلم يكن أحدهما منتقماً إلا بما يقابل ماله ، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل .

فإن قيل : فالساوى في الملك يفتضى المساوى في أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته .

قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ، ويمكن أن يكتتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ، ويكتتب الآخر على مائتين في نجمين ، في النجم الأول خمسون ، وفي الثانى مائة وخمسون ، ويكون وقتهما واحداً<sup>(١)</sup> ، فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه . على أن أصحابنا قالوا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكتوباً . فعلى هذا القول لا يفتضى إلى ما ذكره ، على أنه وإن قدر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ، ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكتتب على مثلى قيمته ، فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقى المال وحصل له ولاء العبد ، ولا ضرر فى هذا .

ثم لو كان فيه ضرر لكن قد رضى به حين كتابته على أقل مما كتبه به شريكه ، والضرر المرضى به من جهة الضرر لا عبرة به ، كما لو باشره بالعتق ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه وبغرم لشريكه وهو جائز ، فهذا أولى بالجواز ، ولا يجوز أن يختلفا في التنجيم ولا فى أن يكون لأحدهما فى النجوم قبل للنجم الأخير أكثر من الآخر فى أحد الوجهين ، لأنه لا يجوز أن يؤدى إليهما إلا على السواء ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما فى ميقات النجوم ، وقدر المؤدى فيهما يفتضى إلى ذلك .

والثانى : يجوز لأنه يمكن أن يجعل لمن تأخر نجمه قبل محله ، ويمطى من قل نجمه أكثر من الواجب له ، ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ، ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه . وإذا أمكن إفضاء العتق إلى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الإفضاء إليه .

### (فصل)

٨٧٧٨

وليس المكتاتب أن يؤدى إلى أحدهما أكثر من الآخر ، ولا يقدم أحدهما على الآخر . ذكره القاضى . وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه خلافاً لأنهما سراء فيه فيستويان فى كسبه ، وحققهما متعلق

(١) ( واحد ) هكذا فى اللغى طبعه رشيد ج ١٢ ص ٤١٠ والفق ج ٩ ص ٤٦٥ والصواب ( واحداً ) بالنصب خبر ( يكون ) ( ف )



بما في يده تمامًا واحداً ، فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ، ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق ويتساويان في كسبه ، فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة .

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض ، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن في القبض ، وإن أذن فيه فقيه وجهان ، ذكرهما أبو بكر :

أحدهما : يصح ، لأن المنع لحقه فجاز بإذنه ، كما لو أذن المرتهن المراهن في التصرف فيه ، أو أذن البائع للمشتري في قبض البعير قبل توفية ثمنه ، أو أذن للمكاتب في التبرع ، ولأنهما لو أذنا له في الصدقة بشيء صح قبض للتصدق عليه له كذلك هاهنا .

والثاني : لا يجوز ، وهذا اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني ، لأن ما في يد المكاتب ملك له ، فلا ينفذ إذن غيره فيه وإنما حق سيده في ذمته ، الأول أصح إن شاء الله تعالى ، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم ، فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع .

وقولهم : إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه ، لأن كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره ، وإنما المنع لعلحق حق سيده به ، فإذا أذن زال المانع ، فصح التقبض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل .

فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ، ويسرى العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لأن عتق بسببه ، هذا قول الخرق ، ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبق على ما بقي عليه من كتابته ، ولاؤه كله له ، وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه ، والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه ، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية ، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد ، وحصة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد ، لأن الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بمقتضيه كما لو عتق بالأداء .

وقال أبو بكر والقاضي : لا يسرى العتق في الحال ، وإنما يسرى عند عجزه ، فعلى قولها يكون باقياً على الكتابة ، فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما ولاؤه لها ، وما بقي في يده من كسبه فهو له ، وإن عجز وفسخت كتابته قوّم على الذي أدى إليه وكان ولاؤه جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه ، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ، ولسيده الذي لم يعتق نصيبه أن يأخذ ما خافه مثل ما أخذ شريكه من مال الكتابة ، وله نصف ما يبق والباقي لورثة العبد ، فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى إليه بالولاء .

وإن قلنا : لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب ، لأنه

لم يستوف عوضه ، ولنغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير إذنه سواء ، وإن لم يرجع  
غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعق عليهما جميعاً .  
وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ، ويستوفى الذى لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ  
صاحبه والباقي بينهما .

قال أحمد فى رواية ابن منصور فى عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسمى  
للآخر لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كلما كسب للعبد فى كتابته فهو بينهما ، ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما  
أخذ وميراثه بينهما ، قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال .

## ( فصل )

٨٧٧٩

وإن عجز مكانبهما فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه ،  
وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قنأ ونصفه مكاتباً ، وقال القاضى : تنفسخ الكتابة  
فى جميعه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الكتابة لو بقيت فى نصفه لعاد ملك الذى فسخ الكتابة  
إليه ناقصاً .

ولنا : أنها كتابة فى ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر ، كما لو انفرد بكتابه ، ولأنهما عقدان  
مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع ، لأنه إنما حصل ضمناً لتصرف  
الشريك فى نصيبه فلم يمنع كإعتاق الشريك ، ولأن من أصلنا أنه تصح مكاتبه أحدهما نصيبه ، فإذا لم يمنع  
العقد فى ابتدائه فلأن<sup>(١)</sup> يبطل فى دوامه أولى ، ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره  
ولأن فى فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده ، وليس دفع الضرر عن الشريك الذى فسخ بأولى من دفع  
الضرر عن الذى لم يفسخ ، بل دفع الضرر عن الذى لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن ضرر الذى فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه فى ملك نفسه ، وضرر شريكه يزول<sup>(٢)</sup>  
عقده وفسخ تصرفه فى ملكه .

والثانى : أن ضرر الذى فسخ لم يعتبره الشرع فى موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ، ولا يعرف

( ١ ) ( فلأن يبطل فى دوامه ) هكذا فى اللغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٤ والفق ج ٩ ص ٤٦٧ لكن  
فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٦٢ ( فلأن لا يبطله فى دوامه ) وهذا هو الصواب ( ف )

( ٢ ) ( يزول عقده ) هكذا فى اللغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤١٤ والفق ٩ / ٤٦٧ لكن فى الشرح الكبير  
٤٦٢ / ١٢ ( يزول بزوال عقده ) وهو الصواب ( ف )

له نظير ، فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الإجماع على اطراحها ، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى .

الثالث : أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين ، وضرر الفاسخ لا يتعمده ، ثم لو قدر تساوى الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ، ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٧٨٠

قال ﴿ وإذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولا ، ثم زكاه إن كان نصاباً ﴾ .  
وجملته : أن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعلمه ، فإذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ ، فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق ، فإذا تم الحول وجبت الزكاة إن كان نصابياً ، وإن لم يكن نصابياً فلا شيء فيه ، وبصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوى يبلغ نصاباً ، فإنه يستقبل به حولا من حين أسلم ، لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة ، وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٧٨١

قال ﴿ وإذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، وعاد عبداً غير مكاتب ﴾ .  
وجملته : أن الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل مجز المكاتب بغير خلاف نعلمه ، وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ، لأنه إنما ثبت في العقد مؤجلاً ، وإذا حل النجم فلا سيد مطالبة بما حل من نجومه ، لأنه دين له حل ، فأشبه دينه على الأجنبي ، وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً عنه ، لأنه حق له سمح بتأخير أشبه دينه على الأجنبي . فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه . قال ابن النذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبة وتركه بحال أن الكتابة لا تنفسخ ما دام ثابتين على العقد الأول ، فإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك ، لأن الدين الحلال لا يتأجل بالتأجيل كالفرض ، وإن حل عليه نجمان فمجز عنهما فاختر السيد فسخ كتابته وردده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستنابة<sup>(١)</sup> ، فعل ذلك ابن عمر ، وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض ، وحكى نحو هذا عن مالك ، وقال الحسن : إذا عجز استؤنى بعد المجز سنتين وقال الأوزاعي : شهرين ونحو ذلك .

(١) في المتن طبعاً - رشيد ج ١٢ ص ٤١٦ والفتى ج ٩ ص ٤٦٩ ( ولا تلزمه الاستنابة ) وفي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٣٦ ( ولا يلزمه الاستنابة به ) والصواب ( ولا يلزمه الاستنابة به ) و ( الاستثناء ) مصدر ( استأنى ) يقال : استأنى الرجل به : ترفق به وتأنى عليه ولم يعجله ( ف )

ولنا : ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجزه من مائة دينار فردّه إلى الرق ، وبإسناده عن عطية للموفى عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال : إني قد طفت للمراق والحجاز فردّني في الرق فردّه .

وروى عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً ، فقال له : أنا عاجز ، فقال له : امح كتابتك ، فقال : امح أنت .

وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فمجز عن عشر أواق فهو رقيق » (١) .

ولأنه عقد عجز من موضه فلك مستحقة فسفه كالسلم إذا تعذر المسلم فيه ، ولأنه فسح عقد جمع عليه فلم يشتقر إلى الحاكم كفسخ المقتة تحت العبد .

فإن قيل : فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟

قلنا : هي لازمة من جهة الطرفين ، ولا يملك العبد فسحها بحال ، وإنما له أن يعجز نفسه ويقتنع من الكسب ، وإنما كان له ذلك لوجهين :

أحدهما : أن الكتابة تتضمن إعتاقاً بصفة ، ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك لإبطالها ، ويلزم وقوع العتق بالصفة ، ولا يلزم العبد الإتيان بالصفة ولا يجبر عليها .

الثاني : أن الكتابة لحظ العبد دون سيده ، وكان المقد لازمًا لمن ألزم نفسه حفظ غيره ، وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً ، أو كفّل له ، أو رهن عنده رهناً .

(فصل)

٨٧٨٢

فأما إن حل نجم واحد فمجز عن أدائه ، فظاهر كلام الخرقى أنه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهما ، وهي إحدى الروايتين عن أحمد ، قال للقاضي : وهو ظاهر كلام أصحابنا . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وأبي يوسف والحسن بن صالح .

وقال ابن أبي موسى : وروى عن أحمد أنه لا يمود رقيقاً حتى يقول : قد عجزت ، وقيل عنه : إذا أدى أكثر مال للكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقى .

والرواية الثانية : أنه إذا عجز عن نجم واحد فليس له فسخ الكتابة ، وهو قول الحارث المكلّي وأبي حنيفة والشافعي ، لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع إليه

(١) أخرجه بنحوه أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم عن عبد الله بن عمرو ( ف )

المال في نجومه ، فإذا لم يسلم له لم يلزمه حقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولأنه عجز عن أداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابه ، كالنجم الأخير .  
ولنا : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال « لا يرد<sup>(١)</sup> المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجران »  
ولأن ما بين النجمين محل لأداء الأول ، فلا يتحقق المعجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني .

## (فصل)

٨٧٨٣

وإذا حل النجم وماله حاضر عنده طوب بأدائه ، ولم يحز الفسخ قبل الطلب ، كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب . فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن إحضاره قريباً لم يحز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتي به إذا طلب الإمهال ، لأن هذا يسير لا ضرر فيه ، وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الإمهال لبيعه بمال الكتابة فطلب الإمهال لبيعه بجنس مال الكتابة أمهل ، وإن كان للمال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الإمهال ، وهذا قول الشافعي .

وقال أبو حنيفة . إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤنى يومين وثلاثة لا أزيد على ذلك ، لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة ، وهذا كله قريب بعضه من بعض .

فأما إذا كان قادراً على الأداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه وقال : قد عجزت ، فقال الشريف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين : يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرق لقوله : إذا حل نجم فلم يؤديه حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، فعلق جواز الفسخ على عدم الأداء ، وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والأوزاعي ، وقد ذكرنا هذا<sup>(٢)</sup> فيما تقدم . فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ففيه رواية أخرى أنه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد سبق ذكرها .

(١) أخرج ابن أبي عمير بسنده عن علي قال : إذا تابع على المكاتب نجران رد فلم يؤدي نجومه رد إلى الرق « (ف)

(٢) مر في كتاب البيع وقد صرح به هذا الشرح الكبير ١٢ / ٤٣٨ ونص كلامه « وقال أبو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة ومالك والأوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد ذكرناها « (ف)

٨٧٨٤

(فصل)

وإذا حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ . وإن كان سافر بإذنه لم يكن له أن يفسخ ، لأنه أذن في السفر المانع من الأداء ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم [ ويثبت عنده <sup>(١)</sup> حلول مال الكتابة لمكتب الحاكم إلى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداء المال كتب بذلك إلى الحاكم الكاتب <sup>(٢)</sup> ] ليجهل للسيد فسخ الكتابة . وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك ، فإن فعله في أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ .

فإن وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع إليه ، فإن امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ . وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته ببيينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد وكالته . وإن لم يثبت ذلك لم يلزم للمكاتب الدفع إليه ، وكان له عذر يمنع جواز الفسخ ، لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه .

وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك ، لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه ، فإن الحاكم لا يكف لاقبض للبالغ الرشيد ، فإن اختار لاقبض جرى مجرى الوكيل ، وحق قبض منه المال عتق .

٨٧٨٥

(فصل)

قال : وإذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين أنه لم يعق ، وكان هذا الدفع كعده ، لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له : إن أدبت الآن وإلا فسخت كتابتك . وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبداً ، فإن بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت ، فإن كان قد رضى بذلك وأمسكها استقر العتق .

فإن قيل : كيف يستقر العتق ولم يطله جميع ما وقع عليه العقد ؟ فإن ما يقابل العيب لم يقبضه ، فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة .

(١) ما بين الحاصرين ساقط من الشرح الكبير ٤٣٨/١٢ (ف)

(٢) قوله (الكاتب) هـ - كذا في الغنى طيبة رشيد ٤١٩/١٢ والحق ج ٩ ص ٤٧١ ويبدو أنها محرفة

والأصل (المكاتب) (ف)

قلنا : إمساكه المغيب راضياً به رضا منه بإسقاط حقه ، فجرى مجرى إرثائه من بقية كتابته . وإن اختار إمساكه وأخذ أرض المغيب أو رده فله ذلك . قال أبو بكر : وقياس قول أحد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرض ، لأن العتق إنلاف واستهلاك ، فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعتق الخلع ، ولأنه ليس للفصود منه المال فأشبهه الخلع .

وقال للقاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع ، لأن العتق إنما يستقر باستقرار الأداء . وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود المغيب كالبهيح ، وإن اختار إمساكه وأخذ الأرض فله ذلك ونبين أن العتق لم يقع ، ولأننا نبيها أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك . وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه ، كما لو بان الموضع مستحقاً ، وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرض المغيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ، ولو قال السيد لعبد : إن أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك ، لأن معناه إن أعطيتني<sup>(١)</sup> مملوكاً ولم يعطه إياه مملوكاً ولم يملكه إياه .

## (فصل)

٨٧٨٦

وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان الموضع مستحقاً لم يعتق بذلك ، لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء ، ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالتقول قول السيد مع يمينه ، لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٨٧

قال ﴿ وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا ﴾ .

وجملته : أن ما يأخذه من نجوم كتابته كمال استفادته بكسب أو غيره فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا ، لأنه لا يملك ما في يد مكاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب ، لأن مملكته عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٧٨٨

قال ﴿ وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته ؛ فإن عجز كان سيده غنياً بين أن يديه بقيته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه ﴾

( ١ ) قوله ( إن أعطيتني ) هكذا في النسخ طبعه رشيد ١٢ / ٤٢١ والنسخ ٧٢/٩ لكن في الصحاح الكبير

١٢ / ٣٦٧ ( إن أعطيتني ) وهو له وب ( ف )

وجملة ذلك : أن الكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ، ويؤدى من المال الذى فى يده ، وبهذا قال الحسن والحكم وحساد والأوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور . وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار : جنايته على سيده . قال عطاء : ويرجع سيده بها عليه . وقال الزهرى : إذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يفديه سيده .  
ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ينجى <sup>(١)</sup> جان إلا على نفسه » ولأنها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كاليقين .

إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة ، سواء حل عليه نجم أو لم يحل ، وهذا المنصوص عليه . عن أحمد والمعمول به فى المذهب . وذكر أبو بكر قولاً آخر أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته ، لأنهما دينان فيتم احصان كسائر الديون .  
ولنا : أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ، ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما ، فوجب أن يقدم هاهنا .

بحقته أن أرش جنايته مقدم على ملك السيد فى عهده ، فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى ، لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر ، فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى ، لأن أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التى ليست مستقرة .

إذا ثبت هذا فإنه يفدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها ، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته ، لأنه لا يلزمه أكثر من بدل الحل الذى تعلق به الأرش . فإن بدأ بدفع اللال إلى ولى الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما بقى من أرش الجناية وباقية باقى على كتابته . وإن اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركاً بين السيد وبين المشتري . فإن أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويقوم عليه ، وإن كان معسراً عتق منه ما عتق وباقية رقيق . وإن لم يكن فى يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته . وإن بدأ بدفع المال إلى سيده نظرنا ، فإن كان ولى الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه ، وكان النظر فيه إلى الحاكم ، فلا يصح دفعه إلى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه إلى ولى الجناية ، فإن وفى وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل . وإن لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه إلى سيده ، لأنه يقضى حقاً عليه فجاز كالموضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه . ثم إن كان ما دفعه إليه جميع مال الكتابة عتق ويكون

( ١ ) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن الأحوص من خطبته يوم الحج الأكبر (ف)



الأرض في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل الحق وهو أقل الأمرين من قيمته أو أرض جنابته ، لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجنابة . وإن أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك ، لأنه أنقلب محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كما لو قتله ، وإن عجز ففسخ السيد كتابته فداءً أيضاً بما ذكرناه . وقال أبو بكر فيما إذا فداء سيده قولان يعني روايتين :

إحداها : يفديه بأقل الأمرين .

والثانية : يفديه بأرض جنابته بالغة ما بلغت .

### (فصل)

٨٧٨٩

وإذا جنح المكاتب جنابات تملكت برقبته ، واستوى الأول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الأول على الثاني ، لأنها تملكت بمحل واحد ، وكذا إن كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيله فهي سواء ، ويتملق جميعها بالرقبة . فإن كان فيها ما يوجب الفصاص فلولى الجنابة استيفاءه وتبطل حقوق الآخرين ، وإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجنابة الموجبة للحلل ، فإن أبرأ بعضهم استوفى الباقيون ، لأن حق كل واحد يتملق برقبته يستوفيه إذا انفرد ، فإذا اجتمعوا تراحوا ، فإذا أبرأ بعضهم سقط حق وتراحم الباقيون كما لو انفردوا كافي الوصايا ، وإن أدى وعق فالضمان عليه ، وإن أعتقه سيده فالضمان عليه ، وأياها ضمن فالواجب عليه أقل الأمرين كما ذكرنا في الجنابة الواحدة ، ولأنه لو عجزه الفرماء وعاد قفلاً بيع وتخاصوا في نمته ، كذلك هاهنا . فأما إن عجزه سيده فعاد قفلاً خير بين فدائه وتسليمه ، فإت اختيار فداءه فقيه روايتان :

إحداها : يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله .

والثانية : يلزمه أرض الجنابات كلها بالغة ما بلغت ، لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه فكان عليه جميع الأرض ، ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله ، لأن الحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ، ولم يجب أكثر من قيمته والحل باق ، وهاهنا يمكن تسليمه وبعه .

وإن أراد المكياتب فداء نفسه قبل تعجيله أو عتقه فقيه روايتان :

إحداها : يفدى نفسه بأقل الأمرين .

والثاني : بأرض الجنابات بالغة ما بلغت ، لأن محل الأرض قائم غير تالف ، ويمكن تعجيل نفسه في كل جنابة يباع فيها فأشبهه ما لو عجزه سيده .

٨٧٩٠

(فصل)

وإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها ، فإن كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده القن ، لأن القصاص يجب المزجر فيحتاج إليه العبد في حق سيده ، وإن عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له ، لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي ، يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق ، كذلك الجناية ، ويفدى نفسه بأقل الأمرين في إحدى الروايتين ، والأخرى بفديها بأرش الجنابة بالغة ما بلغت .

فإن وفي ماقى يده بما عليه فلسيده مطالبة به وأخذه ، وإن لم يف به فلسيده تمجيزه ، فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجنابة ، لأنه عاد عبداً قناً ، ولا يثبت للسيد على عبده القن مال ، وإن أعتقه سيده ولا مال في يده سقط الأرش ، لأنه كان متعلقاً برقبته وقد ألتفها فسقط ، وإن كان في يده مال لم يسقط ، لأن الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفى منه كما لو عتق بالأداء ، وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجنابة كله ؟ على وجهين . ويستحق السيد مطالبة بأرش الجنابة قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الأجنبي . وإن اختار تأخير الأرش والبدية يقبض مال الكتابة جاز . ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله . وقال أبو بكر لا : يعتق بالأداء قبل أرش الجنابة لوجوب تقديمه على مال الكتابة .

ولنا : أن الحقين جميعاً للسيد ، فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل أرش الجنابة في حق الأجنبي عتق ، ففي حق السيد أولى ، ولأن أرش الجنابة لا يلزم أدائه قبل اندمال الجرح ، فيمكن تقدم وجوب الأداء عليه .

فإذا ثبت هذا ، فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجنابة ، سواء كان في يده مال أو لم يكن ، لأن عتقه بسبب من جهته ، فلم يسقط ما عليه ، بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه ألتف محل حقه ، وهاهنا بخلافه . وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش ؟ على وجهين .

وإن كانت جنائته على نفس سيده ، فلورثته القصاص في العمد أو العفو على مال ، وفي الخطأ المال ، وفيما يفدى به نفسه روايتان . وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه ، لأن الكتابة انتقلت إليهم والعبد لو عاد قناً لكان لهم ، وإن جنى على موروث سيده ، فورثته سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجنابة على سيده فيما دون النفس على ما مضى .

٨٧٩١

(فصل)

وإن اجتمع على المكاتب أرش جنابة ونمن مبيع ، أو عوض قرض ، أو غيرها من الهديون مع مال

الكتابة وفي يده مال بقي بها ، فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحرق . وإن لم يف بها ما في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه نخس بعضهم بالقضاء صح كالحرق ، وإن كان فيها مؤجل فمجهله بغير إذن سيده لم يحجز ، لأن تمجيله تبرع فلم يحجز بغير إذن سيده كالهبة ، وإن كان بإذن سيده جاز كالهبة .

وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه . وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم ، وإنما يحجر عليه بسؤالهم . فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح ، لأن الحق لهم ولا يستوفى بغير إذنه ، وإن سأله سيده الحجز عليه لم يحبه إلى ذلك ؛ لأن حقه غير مستقر فلا يحجز عليه من أجله . فإذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي : هندي أنه يبدأ بقضاء ثمن البيع وعوض القرض يسوى بينهما ، ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة ، لأن أرش الجناية محل الرقبة ، فإذا لم يحصل عما في يده استوفى من رقبته ، وهذا مذهب الشافعي ، واتفق أصحابنا والشافعي على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة على ما مضى بيانه .

## (فصل)

٨٧٩٢

وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جنابة توجب القصاص ، فلامجنى عليه الخيار بين القصاص والمال ، فإن اختار المال أو كانت الجنابة خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته ، وللمكاتب فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنابته ، لأنه بمنزلة شرائه ، وليس له فداؤه بأكثر من قيمته ، كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده . فإن كان الأرض أقل من قيمته لم يكن له تسليمه ، لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الأرض على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الأمرين ؟ على روايتين .

## (فصل)

٨٧٩٣

فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم ، أو ولد له ولد من أمته فجنى جنابة تعلق أرشها برقبته ، وللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده .

وقال القاضي في المجرى : ليس له فداؤه بغير إذنه ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه إتلاف لماله ، فإن ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم ، فلم يحجز له إخراج ماله في مقابلتهم ، ولأن شرائهم كال تبرع ، ويفارق العبد الأجنبي ، فإنه يفتنح به وله صرفه في كتابته ، فكان له فداؤه وشرائه كسائر الأموال . لكن إن كان لهذا الجاني كسب فدى مده ، وإن لم يكن له كسب يبيع في الجنابة إن استغرقت قيمته ، وإن لم تستغرقها يبيع بعضه فيها ، وما بقي للمكاتب .

ولنا : أنه عبد له جنى فملك فداؤه كسائر عبيده ، ولا نسلم أنه لا يملك شرائه .

وقولهم : لا يتصرف فيه .

۱۷۹۴ (فصل)

۸۷۹۵ (فصل) ع

وإن كان موجهاً للخاص ، فله أن يقتصر إن كان فما دون النفس ، لأن المبدأ يقتصر منه لسيده ،

وإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال . فلن كان الجاني أباه لم يقتص منه ، لأن الوالد لا يقتل بولده ، وإن جنى المكاتب عليه لم يقتص منه ، لأن السيد لا يقتص منه لعبد .  
وقال القاضي : فيه وجه آخر أنه يقتص منه ، لأن حكم الأب معه حكم الأحرار ، بدليل أنه لا يملك بيمة والتصرف فيه ، وجعلت حريته موقوفة على حريته . قال : ولأنم موضعاً يقتص فيه المولوك من مالسك سوى هذا الموضع .

## (فصل)

٨٧٩٦

وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان :  
أحدها : أن كسبه له ، وذلك عوض عما يتمطل بقطع يده من كسبه .  
والثاني : أن المكاتبه تستحق المهر في النكاح لتعلقه بمعضو من أعضائها كذا كذا بدل المعضو .  
والثالث : أن السيد يأخذ مال الكتابة بدلا من نفس المكاتبه ، فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ، ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لمعنيين :

فصل

أحدها : أنه حر ، والمكاتب عبد .

والثاني : أنه مالسك ولا يقتص من المالك لمولوكه ، واسكن يجب الأرض ولا يجب إلا بالندمال الجرح على ما ذكرنا في الجنائيات ، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه .  
فإذا ثبت هذا : فإنه إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة ، وكان الحكم فيه كما لو قتله ، وإن اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده ، فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نيم تقاصا ، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحمل لم يتقاصا ، وبطلب كل واحد منهما بما يستحقه . وإن اتفقا على أن يحمل أحدهما عوضاً عن الآخر وكنا من جنسين لم يجز ، لأنه بيع دين بدين ، فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن حقه جاز ، وإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحمل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة .

الحال الثانية : إذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا قصاص أيضاً ، لأن الحر لا يقتل بالعبد ، ولكن ينظر ، إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيدته ، وإن اندمل الجرح فعليه أرشه له ، فإن أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح إلى نفسه وجبت دية ، لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته ، فإن كان الجاني السيد أو غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً ، لأن القتال لا يرث ،

ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ، ويكون لورثته أيضاً .

الحال الثالث : إذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً ، فإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس ، انقضى بخت الكتابة ، وسيد مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني ، وإن كانت فيما دون النفس ، مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيد منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والفلس يقبض ولا يعترض عليه غرامؤه . وإن عفا على مال ثبت له ، وإن عفا مطلقاً أو إلى غير مال انبنى ذلك على الروايتين في موجب العمد إن قلنا : موجب القصاص عيماً صح ولم يثبت له مال ، وليس للسيد مطالبة باشتراط مال ، لأن ذلك تكسب ولا يملك السيد إجباره على الكسب . وإن قلنا : الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح ، لأنه لما سقط القصاص تمين المال ولا يصح عفو عن المال ، لأنه لا يملك التبرع به بغير إذن سيده . وإن صالح على بعض الأرض فحكمه حكم العفو إلى غير مال .

### (فصل)

٨٧٩٧

وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنائيات ، ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته ، انفسخت كتابته وسقط أرش الجنائيات ، لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفى دينه ، كان في يده ، فإن لم يبق بها سقط الباقي .

قال أحمد : ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسمى لنفسه ، وإن كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه ، وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يمتنع بذلك فتنسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الأول ، وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعروة بن دينار وأبي الزناد ويحيى الأنصاري وربيعه والأوزاعي وأبي حنيفة والشافعي .

والرواية الثانية : أنه إذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً ، فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه .

وروى نحو هذا : عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحاد وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح لأنه دين له حال فيضرب به كسائر الديون ، ويحيى على قول من قال : إن الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة ، لأنه قد صار حلالاً ، والمذهب الأول الذي نقله الجماعة عن أحمد .

وقد روى سعيد في سننه : حدثنا هشيم أنا منصور وسعيد عن قتادة قال : ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقيته من مكاتبته ، قلت : إن شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء ؟ فقال سعيد : أخطأ شريح ، ، قضى زيد بالدين قبل المكاتبته .

٨٧٩٨

﴿مسألة﴾

قال: ﴿ وإذا كاتبه ثم دبره ، فإذا أدى صار حراً ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن حل  
الثالث ما بقي من كتابته ، وإلا عتق منه بمقدار الثالث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على  
الكتابة فيما بقي ﴾ .

وجملة ذلك: أن تدبير المكاتب صحيح لا نعلم فيه خلافاً، لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعاقته، وإن  
كان وصية فهو وصية بإعتاقه وهو يملكه ، فعند هذا إن أدى عتق بالأداء ، لأنه سبب للعتق ، ويبطل  
التدبير لأفنى عنه وما في يده له . وإن مجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب ،  
فإذا مات السيد عتق إن خرج من الثالث وما في يده لسيده . وإن لم يخرج من الثالث عتق منه  
بقدر الثالث .

وإن مات السيد قبل أدائه وعجزه عتق بالتدبير إن حله الثالث ، وإن لم يخرج من الثالث عتق منه  
بقدر الثالث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، لأن مال الكتابة موزع عنه ، فإذا عتق نصفه وجب أن  
يسقط نصف الكتابة ، لأنه لم تبقى الكتابة إلا في نصفه ، فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك ، وهو على  
الكتابة فيما بقي وما في يده له ، وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه .

وقال أصحابنا : إذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيده ، كما لو بطلت الكتابة  
بعجزه ، لأنه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيده كثير المكاتب ، والصحيح الأول إن شاء الله  
تعالى ، لأنه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما في يده له كما لو أبرأ سيده . يحققه أن  
ملكه كان ثابتاً على ما في يده ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل للملك سيده عنه فيبقى ملكه  
كما لو عتق بالأداء .

(فصل)

٨٧٩٩

إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت بعد موتى فأنت حر ، فهذا تعليق للاحرية على صفة تحدث بعد  
الموت ، وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى .

فإن قلنا : لا يصح ، فلا كلام .

وإن قلنا : يصح ، فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة . فإن ادعى المعجز قبل حلول النجم لم يمتنع ،  
لأنه لم يجب عليه شيء بعجزه عنه ، وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله ، لأنه ليس  
بماجز . وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق ، وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل  
عدم اللال وعجزه ، فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان ما في يده له إن لم تسكن كتابته ففسخت ،

لأن العجز لا تنسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحرية تحصل بأول وجوده ، فيكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته ، فيكون ما في يده له كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة . ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده .

## ( فصل )

٨٨٠٠

وإذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث . ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ، وبمعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها ، وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما ألتف بالإعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ، فإن للعبد إسقاطه بتعجيل نفسه أو يمتنع من أدائه ، فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به . وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه ، لأنه يمتنع بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواء ، وقد ضمت ملكة فيه وصار عوضه . وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون له سوى المكاتب قيمته مائة ، فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ونعمل بحسابه ، فيمتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه عتق وإلا رقى منه ثلثه . ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبقى ثلثه بخمسين فأداه أن يقول : قد زاد مال الميث ، لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميث ، فهبني أن يزيد ما عتق منه ، لأن هذا المال يحصل لهم بمقدار السيد والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه ، لأن ربعه يجب إبقاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميث .

فعلى هذا إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين ، وقيمة العبد مائة ، والميث مائة أخرى ، عتق من العبد ثلثاه ، وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زاد لهم ثلث الخمسين ، فيمتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع والخمسين وذلك نصف تسعة ، فصار العتق ثابتاً في ثلثه ونصف تسعة ، وحصل للورثة المائة وثمانية أنساع والخمسين وهو مثلاً ما عتق منه .

فإن قيل : لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلتم : إن الميث لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟

قلنا : إنما أعتقنا بعضه ما إذا يأتى سيده لا بالكتابة . ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث



ماله وبقي باقيه لحق الورثة ، وللوضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها ، لأنه إذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض .

(فصل)

٨٨٠١

وإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة ، وكان يخرج من ثلثه أقل الأسرى من قيمته أو مال كتابته ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه في مرضه أو أبرأه ، إلا أنه يحتاج هاهنا إلى إيقاع العتق لأنه أوصى به ، وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة ، فإن أداه عتق جميعه ، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي .

وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال ، كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر أنه يعتق ثلثه في الحال ، وإن لم يحصل للورثة في الحال شيء ، ولأن حق الورثة متحقق الحصول ، فإنه إن أدى وإلا عاد الباقي قلنا .

وذكر القاضي فيه وجهاً آخر أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للبيت مال سواء ، لثلاث يتنجز للعوية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث ، وكذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم تنجز وصيته من الحاضر ، والأول أصح لما ذكرناه ، وأما الحاضر والغائب فإنه إن كان أوصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ، ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للعويصة له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال ، فهو كسألتنا ، ولم يكمل له جميع وصيته ، لأن الغائب غير موقوف بمصوله ، فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أداء مال الكتابة .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٠٢

قال : ﴿ وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد ، حلف مع شاهده وصار حراً ﴾ . وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، لأن النزاع بينهما في أداء المال ، والمال يقبل فيه الشاهد واليمين . فإن قيل : القصد بهذه الشهادة للعتق وهو مالا يثبت بشاهد ويمين .

قلنا : بل يثبت بشاهد ويمين في رواية . وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة هاهنا إنما هي بأداء المال ، والعتق يحصل عند أدائه بالمقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين ، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ، ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد .

(فصل)

٨٨٠٣

فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد ، فالقول قوله مع عيمده لأنه منكر . وإن قال العبد : لي شاهد

غائب أنظر ثلاثاً ، فإن جاء به وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته ، وإن جاء بشاهد فخرج فقال : لى شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا .

## ( فصل )

٨٨٠٤

وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره ، وإن أقر بذلك فى مرض موته قبل ، لأنه إقرار لفير وارث ، وإقرار المريض لفير وارثه مقبول . وإذا قال : استوفيت كتابتى كلها عتق العبد . وإن قال : استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى ، وإن شاء زيد ، عتق ولم يؤثر الاستثناء ، لأن هذا الاستثناء لا مدخل له فى الإقرار .

قال أحمد فى رواية أبى طالب : إذا قال له : على ألف إن شاء الله كان مقراً بها . ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط ، والذي يتعاق بالشرط إنما هو المستقبل ، وأما للماضى فلا يمكن تعليقه ، لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط ، وإنما بدل الشرط فيه على الشك فيه ، فكأنه قال : استوفيت كتابتى وأنا أشك فيه ، فيلغو للشك ويثبت الإقرار . وإن قال : استوفيت آخر كتابتى وقال : إنما أردت أنى استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل ، فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراده .

## ( فصل )

٨٨٠٥

إذا أبرأ السيد من مال الكتابة برى وعتق ، لأن ذمته خات من مال الكتابة فأشبهه ما لو أداه ، وإن أبرأ من بعضه برى منه ، وكان على الكتابة فيما بقى ، لأن الإبراء كالأداء . وإن كاتبه على دنائير فأبرأ من دراهم ، أو على دراهم فأبرأ من دنائير ، لم تصح البراءة ، لأنه أبرأ مما لا يجب له عليه إلا أن يريد بقدر ذلك مما لى عليك ، فإن اختلفا فقال للكتاب : إنما أردت من قيمة ذلك ، وقال السيد : بل ظننت أنى عليك النقد الذى أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأنه اعترف بنية ، وإن مات السيد واختلف الكتاب مع ورثته فالقول قولهم مع أيمانهم أنهم لا يعلمون موروئهم أراد ذلك ، وإن مات الكتاب واختلف ورثته وسيداه فالقول قول السيد لما ذكرنا .

## ( مسألة )

٨٨٠٦

قال: ﴿ ولا يكفر المكاتب بغير الصوم ﴾ .

وجملته : أن المكاتب إذا أزمته كفارة ظاهر ، أو جاع فى نهار رمضان ، أو قتل ، أو كفارة يمين ، لم يكن له التكفير بالمال ، لأنه عبد ولأنه فى حكم الممسر ، بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد وللمسرح الصيام . وإن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز ، لأنه بمنزلة للتبرع ،

ويجوز له التبرع بإذن سيده ، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ، ولا يلزمه التكفير بالمال إذا أذن فيه السيد ، لأن عليه ضرراً فيه لما يفضى إليه من تفويت حريته ، كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده .

وقال القاضي : للمكاتب كالعبد القن في التكفير ، ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده ، فإن قلنا : لا يملك لم يصح تكفيره بعق ولا إطعام ولا كسوة ، سواء ملكه سيده أو لم يملكه ، وسواء أذن فيه أو لم يأذن ، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح ، وإن قلنا : يملك بالتمايل ، صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه ، وإن أذن له في التكفير بالعق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما في تكفير العبد . والصحيح أن هذا للتفصيل لا يتوجه في المكاتب ، لأنه يملك المال بغير خلاف ، وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن له سيده فيه صح كالنحر .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٠٧

قال : ( وولد المكاتبه الذين ولدتهم في السكينة يعقون بعقها ) .

وجملته : أنه يصح مكاتبه الأمة كما تصح مكاتبه العبد ، لا خلاف بين أهل العلم فيه ، وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ، ولأنها داخلة في عموم قوله ( وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا )<sup>(١)</sup> ولأنها يمكنها التكسب والأداء فهي كالعبد ، وإذا أتت المكاتبه بولد من غير سيدها إما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها ، فإن عتقت بالأداء أو الإبراء عتق ، وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عادرقيقاً .

وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري وإسحاق ، وسواء في هذا ما كان حال الكتابة وما حدث بعدها . وقال أبو ثور وابن المنذر : هو عبد قن لا يقبع أمه . ولشافعي قولان كالْمُذْهِبَيْنِ ، واحتجوا بأن للكتابة غير لازمة من جهة العبد ، فلا تسرى إلى الولد كالتمليك بالصفة .

ولنا : أن الكتابة سبب ثابت للعق لا يجوز إبطاله ، فسرى إلى الولد كالاستيلاد ، ويفارق التمليك بالصفة ، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع .

إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة :

في قيمته إذا تلف ، وفي كسبه ، وفي نفقته ، وفي عتقه .

أما قيمته إذا تلف ، فقال أبو بكر : هو لأمه نستعين بها على كتابتها ، لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ، ولأنه بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك

ولدها ، وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها .

بحقته أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها . ولا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في أرش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها .

وقال الشافعي في أحد أقواله : تكون القيمة لسيدها ، لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها ، والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها ، فإن العقد باق بعد قتله . ففظهر هذا إلتلاف بعض أعضائها . والحكم في إلتلاف بعض أعضائها كالحكم في إلتلافه .

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغي أيضاً أن يكون لأمه ، لأن ولدها جزء منها تابع لها ، فأشبهه بقية أجزائها ، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعقته وحصول الحرية له ، فينبغي أن يصرف فيه بمنزلة صرفه إليه ، إذ في عجزها رقه وفوات كسبه عليه .

وأما نفقته فعلى أمه ، لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها .

وأما عتقه فإنه يعتق بأدائها أو إرثها ، ويرق بمجزها ، لأنه تابع لها .

وإن ماتت المكاتبه على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً قفاً ، إلا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين .

وإن أعتقها سيدها لم يعتق ولدها ، لأنه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالأداء ، وما حصل الأداء وإنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه ، فأشبهه ما لو لم تكن مكاتبه .

ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعقدها أن يعود ولدها رقيقاً .

ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويمتق بالأداء ، لأن العقد لم يوجد ما يبطله ، وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه ، فإذا لم يكن لها ولد يقيمها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ، ولم يكن في بقائه فائدة ، فانتفى لانقضاء فائدته ، وفي مسألتنا في بقائه فائدة لإفضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى .

ويحتمل أن يعتق بإعتاقها ، لأنه جرى مجرى إرثها من مال الكتابة . والحكم فيها إذا أعتقت باستيلاد أو تدير أو تعليق بصفة كالحكم فيها إذا أعتقها ، لأنها عتقت بغير الكتابة . وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه . نص عليه أحمد في رواية مهنا ، لأنه مملوك فصاح عتقه كامه ، ولأنه لو أعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مملوكه .

وقال القاضي : وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه ، لأن فيه ضرراً بأمه بتفويت كسبه عليها ، لأنها كانت تستعين به في كتابتها . ولعل أحد نفذ عتقه تطبيقاً للعتق ، والصحيح أنه يعتق ، وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه :

أحدها : أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب بفضل عن نفقته ، فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في إعتاقه ، لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به ، فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد .

الثاني : أن النفع بكسبها ليس بواجب لها ، بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب ، فلم يكن للضرر بفواته معتبراً في حقها .

الثالث : أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتماد ولم يذكر له أصلاً ، ثم هو ملغى بعتق المفلس والرهن وسراية العتق إلى ملك الشريك ، فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم ، فهذا أولى .

## (فصل)

٨٨٠٨

فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه ، لأن ولد المكاتب لا يتيمه ، وأما ولد بنتها فهو كبنتها ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا تسرى الكتابة إليه ، لأن السراية إنما تكون مع الاتصال ، وهذا ولد منفصل فلا تسرى إليه ، بدليل أن ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى إليه الاستيلاد ، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته .

ولنا : أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً ، فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت حكم أمها ، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها ، لأن عليه إتباعها لأنها موجودة في ولدها ، ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى إلى ولدها كالسكاتبة . وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأُمها في الكتابة ، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٨٠٩

قال : ﴿ ويجوز بيع المكاتب ﴾ .

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر ، وهو قديم قول الشافعي ، قال : ولا وجه لقول من قال :

لا يجوز<sup>(١)</sup> . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك وأصحاب الرأى والجديد من قول الشافعى ، لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعته<sup>(٢)</sup> وعقده .

وقال الزهرى وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض ، وحكى ذلك عن أبى يوسف ، لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطئها ، ولأن السيد استيفاء منافاه برضاه ولا يجوز بفقد رضاه ، كذلك بيعه .

ولنا : ما روى عروة من عائشة أنها قالت : « جاءت بريرة إلى فقالت : يا عائشة إني كائت أهل على نسع أواقى فى كل عام أوقية فأعينينى ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة - ونفست<sup>(٣)</sup> - فيها : ارجى إلى أهلك إن أحبوا أن أعطيتهم ذلك جميعاً<sup>(٤)</sup> ففعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحسب<sup>(٥)</sup> عليك فلتنفل ويكون ولاؤك لنا ، فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا يمنحك ذلك منها ، ابتاعى واعتق إنما الولاء لمن أعتق . فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال<sup>(٦)</sup> ناس يشترون شروطاً ليست فى كتاب الله<sup>(٧)</sup> ، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق<sup>(٨)</sup> وإنما الولاء لمن أعتق ، متفق عليه .

( ١ ) فى طبعة رشيد للمغنى ج ١٢ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ ( ولا وجه له لقول من مكاتب قال لا يجوز ) ومثله فى طبعة الفقى ج ٩ ص ٩٠ والصواب ( ولا وجه لقول من قال لا يجوز ) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٠٦ ( ف )  
( ٢ ) فى طبعة الفقى ج ٩ / ٩٠ ورشيد ج ١٢ / ٤٤٥ ( كبيعته ) وفى الشرح الكبير ج ١٢ / ٤٠٦ ، ٤٠٧ ( كبيعته لأجنبى ) ( ف )

( ٣ ) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٤٥ والشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٠٧ وطبعة الفقى للمغنى ج ٩ ص ٩١ ( ونفست ) بالفتح والصواب بالفاء كما فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٨ باب للمكاتب = ونفست : بكسر الفاء منهاها رغب كما فى إرشاد السارى للقسطلانى ج ٤ ص ٢٢٩ ( ف )

( ٤ ) رواية البخارى ج ٣ / ١٩٩ ( ارجى إلى أهلك فإن أحبوا أن أفضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى ففعلت ) ( ف )

( ٥ ) أى تطلب حساب أجرها عند الله ( ف )

( ٦ ) ما بال : ما حال ( ف )

( ٧ ) ليست فى كتاب الله : أى ليست فى حكم الله الذى كتبه على عباده وشرعه لهم . ( ف )

( ٨ ) أوثق وأوثق : أفضل التفضيل ليس على بابه ، ولاراد هو الحق وهو القوى وما سواه واه ضعيف ( ف )

قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبه ولم ينكر ذلك ، ففي ذلك أبين البيان أن بيعه جائز ، ولا أعلم خبراً يمارضه ، ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلاً على عجزها . وتأوله له الشافعي على أنها كانت قد عجزت ، وكان بيعها فسخاً لكتابتها ، وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة ، وليس في الخبر ما يدل عليه ، بل قولها أعينيني على كتابتي ، دلالة على بقائها على الكتابة ، ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية ، فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين ، أو بمضي عام عند الآخرين . والظاهر أن شراء عائشة لما كان في أول كتابتها ، ولا يصح قيامه على أم الولد ، لأن سبب حرثها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال ، فأشبهه الوقف ، والمسكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا .

قال ابن أبي موسى : وهل للسيد أن يبيع المسكاتب بأكثر مما عليه ؟ على روايتين . ولأن المسكاتب عبد مملوك لسيد له لم يتعظم عتقه فجاز بيعه كالملق عتقه بصفة . والدليل على أنه مملوك قول النبي صلى الله عليه وسلم « المسكاتب <sup>(١)</sup> عبد ما بقي عليه درهم » وأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه ، بدليل قوله عليه السلام « إذا كان لإحداكن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه <sup>(٢)</sup> » فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك . وقد روينا في هذا عن نهبان مولى أم سلمة أنه قال : قالت لى أم سلمة : يا نهبان هل عندك ما تؤدي ؟ قلت : نعم ، فأخرجت الحجاب بيني وبينها ، وروت هذا الحديث . قال : فقلت : لا والله ما عندي ما تؤدي ولا أنا تؤدي ، وإنما سقط الحجاب عنها منسفة لكونه مملوكها ، ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ، ورجع عند العجز إلى كونه قنأ ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ، ويفارق إعاقته ، لأنه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد ، وإنما هو إسقاط الملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع ماله بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف ما قلنا .

( فصل )

٨٨١٠

وتجوز هبته والوصية به ونقل ذلك فيه ، لأنه في معنى بيعه ، وقد روى عن أحمد أنه منع هبته ، لأن الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها ، لأن ما كان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه .

﴿ مسألة ﴾

٨٨١١

قال : ﴿ ومشتريه يقوم فيه مقام المسكاتب ، فإذا أدى صار حراً وولاؤه لمشتريه ، فإن لم يبين البائع المشتري أنه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه وبينه سائماً ومكاتباً ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكتابة لا تنفسح بالبيع ولا يجوز إبطالها ولا نعلم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن يبيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها . مؤدياً ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز ، وذلك لأنها عقد لازم فلا يبطل ببيع العبد كإجارتته ونكاحه ، ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه ، كما لو كانت عند البائع مبقية على ما بقى عليه من كتابته ، ويؤدي إلى المشتري كما كان يؤدي إلى البائع ، فإن عجز فهو عبد لمشتريه ، لأنه صار سيده ، وإن أدى عتق وولاه لمشتريه ، لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشتري ، فصار المشتري هو المعتق ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة « ابتاعى واعتقى فإنما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه .

وإذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الأرض ، لأن الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ، ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء إن كانت أمة ، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك ، كمشترى الأمة المزوجة أو المعبية ، فيتمتع حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن ، وبين إمساكه وأخذ الأرض ، وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً فذاً ، فيقال : كم قيمته مكاتباً ، وكم قيمته لو كان غير مكاتب ؟ فإذا قيل : قيمته مكاتباً مائة ، وقيمه غير مكاتب مائة وخمسون والثلث مائة وعشرون ، فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته ، فخرج بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر في البيع .

### ( فصل )

٨٨١٢

فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور ، وقال عطاء وعمر بن دينار ومالك : يصح ، لأن السيد يملكها في ذمة المكاتب ، فجاز بيعها كسائر أمواله . ولنا : أنه دين غير مستقر فلم يجوز بيعه كدين السلم ، ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بمعجز المكاتب ، ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله ، فلم يجوز بيعه كالأداة بالتبرع ، ولأنه غير مقبوض . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ، فإن باعه فالبيع باطل ، وليس للمشتري مطالبة المكاتب بتسليمه إليه ، وله الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه . فإن سلم المكاتب إلى المشتري نجومه ففيه وجهان :

أحدهما : يعتق ، لأن البيع تضمن الإذن في القبض ، فأشبهه قبض الوكيل .

والثاني : لا يعتق ، لأنه لم يستنبه في القبض ، وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد ، فكان القبض أيضاً فاسداً ، ولم يعتق بخلاف وكيله فإنه استنابه ، ولو صرح بالإذن فليس بمسئتيب له في القبض ، وإنما أذنه بحكم المعاوضة ، فلا فرق بين التهریح وعدمه .



فإن قلنا : يعق بالأداء ، يرى المكاتب من مال الكتابة ، ويرجع السيد على المشتري بما قبضه ، لأنه كاللئاب عنه . فإن كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ، ورجع ذو الفضل بفضله . وإن قلنا : لا يعق بذلك ، فالكتابة باق على المكاتب ، ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه إليه ، ويرجع المشتري على البائع .

فإن سلمه المشتري إلى البائع لم يصح التسليم ، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب ، فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه . فإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر . وإن باعه ما أخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقيا ، وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصا . وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتعاسبا به جاز .

## ( فصل )

٨٨١٣

وإذا كانت المكاتب ذات ولد يبيعها في الكتابة فباعهما معا صح ، لأنهما ملكه ، ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء ، وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين :

أحدهما : أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها في البيع إلا بعد البلوغ في إحدى الروايتين . والثاني : أن الولد تابع لأمه ، ولها كسبه وعليها نفقته ، فصار في معنى مملوكها ، فلم يجوز التفريق بينهما وبينها . ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالفا ، لأنه محل للبيع صدر فيه الانصراف من أهله ، ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه ، لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ، ويعتق بعتقها كما لو بيع والله أعلم .

## ( فصل )

٨٨١٤

وإن وصى بالمكاتب لرجل ، فقال أبو بكر : قال أحمد : الوصية به جائزة ، لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ، ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه في الأداء إليه ، وإن عجز عاد إليه رقيقا له قذا ، وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا في المشتري سواء ، فإن عجز في حياة الموصى لم تبطل الوصية ، لأن رقه لا ينافي الوصية ، وإن أدى وعتق في حياة الموصى بطلت الوصية ، ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته ، فإن قال : إن عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت الوصية إذا عجز في حياة الموصى ، وإن عجز بعد موته لم يستحقه ، لأن الشرط بطل بموته كما لو قال لعبد : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فلم يدخلها حتى مات سيده ، وإن قال : إن عجزت بعد موتى فهو لك ، فمذا تملق للوصية على صفة توجد بعد الموت ، وقد ذكرنا في صحتها وجهين .

٨٨١٥

(فصل)

وإن وصى بكتابتها لرجل صحت الوصية ، لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه في الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريتها ، وللوصى له أن يستوفي المال عند حلوله وله أن يبرئ منه ، فإذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيدته ، لأنه المنعم عليه . وإن عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيله وأراد الموصى له إنظاره ، فالقول قول الوارث ، لأن حق الموصى له في المال مادام المقدقاً ، وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرد في الرق ، وليس الموصى له بإبطال حق الوارث من تعجيله .

وإن أراد الوارث إنظاره وأراد الموصى له تعجيله لم يكن له ، لأن الحق في التمتع والفسخ للوارث ، ولا حق للموصى له في ذلك ولا بيع ، لأن حقه يسقط به ، ومتى عجز عاد عبداً للورثة ، وإن وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح ، لأنها وصية بصفة ، فإن عجل شيئاً فهو للموصى له ، وإن لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

٨٨١٦

(فصل)

وإن وصى بمال الكتابة لرجل وبقية لآخر صحت الوصيتان ، فإن أدى إلى صاحب المال أو أبرأه منه عتق . قال أصحابنا : وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له ، لأنه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة ، ولو لم يوص بها لكان الولاء له ، فإذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ، ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له ، فكذلك إذا وصى ببقية ، لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال ، وإن عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت الوصية بالمال . وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له . وإن اختلفا في فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة ، لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم .

وقياس هذه المسألة أنه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح ، لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر .

٨٨١٧

(فصل)

وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية ، لأنه لا شيء في ذمته ، وإن قال : وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح ، لأن الكتابة الفاسدة يؤدي فيها المال كما يؤدي في الصحيحة . وإن وصى برقبة المكاتب صح ، لأن الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة ، ففي الفاسدة أولى .

٨٨١٨

(فصل)

وتصح الوصية لمكاتبه ، لأنه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ، ولذلك جاز أن يدفع إليه زكاه . فإن قال : ضموا عن مكاتبه بعض كتابته أو بعض ما عليه وضموا ماشاءوا ، قليلاً كان أو كثيراً ، من أول نجومه أو من

آخرها . وإن قال : ضموا عنه نجما من نجومه ، فلمهم أن يضموا أى نجم شاءوا ، كما لو قال : ضموا أى نعم شئهم ، وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة ، لأن اللفظ يتناول واحداً منها غير معين . وإن قال : ضموا عنه أى نجم شاء ، كان ذلك إلى مشيئته ، فبإلزامهم وضع النجم الذى يختار وضعه ، لأن سيده جعل المشيئة له . وإن قال : ضموا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضموا أكبرها مالا ، لأنه أكبرها قدراً .

وإن قال : ضموا عنه أكبر نجومه ، لزمهم أن يضموا عنه أكثر من نصفها ، لأن أكثر الشئ يزيد على نصفه ، فإذا كانت نجومه خمسة وضموا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضموا أربعة ، ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا ، بمنزلة قوله أكبر نجومه . فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الأول .

وإن قال : ضموا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه ، مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل ، وعددها منفرد ، فيتعين وضع أوسطها عدداً ، فإذا كانت خمسة فالأوسط الثالث ، وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجاً وهى مختلفة القدر فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة ، فأوسطها المائتان ، فتعين الوصية فيه ، لأنه أوسطها . وإن كانت متساوية القدر مختلفة الأجل ، مثل أن يكون اثنان منها إلى شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر ، تعينت الوصية فيها هو إلى شهرين لأنها أوسطها .

وإن اتفقت هذه للمعانى الثلاثة فى واحد تعينت الوصية فيه . وإن كان لها أوسط فى القدر وأوسط فى الأجل وأوسط فى العدد يخالف بعضها بعضاً ، فذلك إلى اختيار الورثة ، فلمهم وضع ما شاءوا منها . وإن اختلفت الورثة والمكاتب فيما أراد الموصى منها فاقول قول الورثة مع إيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد الموصى ، ثم التعيين إليهم . ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة أحدهما . ومتى كان العدد وترأ فأوسطه واحد ، فإن كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان ، وهكذا القول فيما إذا وصى بأوسط نجومه .

وإن قال : ضموا عنه ما خف ، أو قال : ما يشغل أو ما بكثر ، كان ذلك إلى تقدير الورثة ، لأن كل شئ يخف إلى جنب ما هو أخف منه ، كما قال أصحابنا فيما إذا وصى بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف .

وإن قال : ضموا عنه أكثر ما عليه ، وضع عنه النصف وأدنى زيادة .

وإن قال : ضموا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة .

وإن قال : ضموا عنه أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها ، فيصح فى الكتابة ويبطل فى الزيادة لعدم محلها .

وإن قال : ضموا عنه ما شاء ، فشاء وضع كل ما عليه وضع ما عليه ، لأن وصيته تتناوله .

وإن قال : ضموا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يكن له وضع السكل ، لأن من للتبويض فلا تتناول الجميع . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمنعوا ما ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾

٨٨١٩

قال : ﴿ وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذارحمه من المهرم عليه نكاحه ، لم يعتقوا حتى يؤدى وهم فى ملكه ، فإن عجز فهم عبيد لسيده ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : أنه يصح أن يشتري من ذوى أرحامه من يعتق عليه بغير إذن سيده . وهذا قول الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى .

وقال الشافعى : لا يصح ، لأنه تصرف يؤدى إلى إتلاف ماله ، لأنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه فى مقابلة مالا يجوز له التصرف فيه ، فأشبهه الهبة ، فإن أذن له سيده فيه ، فمنهم من قال : يجوز قولاً واحداً ، وهو قول مالك ، لأن المفع لحق سيده فجاز بإذنه ، ومنهم من قال : فيه قولان .

ولنا : أنه اشترى مملوكاً لا ضرر فى شرائه ، فصح كالأجنبى ، وبيانه أنه يأخذ كسبهم ، وإن عجز صاروا رقيقاً لسيده ، ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه كالأجنبى ، ويفارق الهبة لأنها تنفوت المال بغير عوض ولا تقع يرجع إلى المكاتب ولا السيد ، ولأنه تحقق السبب وهو صدور التصرف من أهله فى محله ولم يتحقق المانع ، لأن ما ذكره لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه .

الفصل الثانى : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم ، لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق ، فلا يقع بالشراء الذى أقيم مقامه ، ولا يجوز له بيعهم ولا هبتهم ولا إخراجهم عن ملكه . وقال أصحاب الرأى : له بيع من عدا المولودين والوالدين ، لأنهم ليست قرابتهم قرابة حرية<sup>(١)</sup> ولا تعصيبية ، فأشبهوا الأجانب .

ولنا : أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ، ولأنه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه ، ولأنهم نزلوا بمنزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيده ، فإذا أدى وهم فى ملكه عتقوا لأنه كل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم ، فعتقوا حينئذ وللاؤم له دون سيدهم ، لأنهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه ، فيكونون بمنزلة مالهوا اشتراهم بعد عتقه . وإن عجز ورد فى الرق صاروا عبيداً للسيد ، لأنهم من ماله فيصيرون لسيده بمجرد كميده الأجانب .

( ١ ) فى المغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤٥٥ والفق ٩ / ٤٩٨ ( قرابة حرية ولا تعصيبية ) لكن فى الشرح

الكبير ج ١٢ ص ٣٨٠ ( قرابة جزئية ولا بعضية ) وهو الصواب . ( ف )

٨٨٢٠

( فصل )

وكسبهم للمكاتب ، لأنهم مماليكه ، ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة . وإن أعتقهم السيد لم يمتقوا ، لأنه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم . وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يمتقوا لتعلق حق سيده بهم ، وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده . وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز ، لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته . وعلى ما اخترناه يمتقون ، لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يمتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه .

يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ، ويبقى حق السيد في ملك رقبته حتى وجه لا يزول إلا بالأداء أو ما يقوم مقامه ، فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب ، وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مالمكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وإن مات المكاتب ولم يخلف ولاء عاد رقيقاً . وقال أبو يوسف ومحمد : يسمون في الكتابة على نجومها ، وكذلك أم ولده ، وقال أبو حنيفة في الولد خاصة : إن جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق . ولنا : أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيدته إذا لم يخلف ولاء كالأجنبي ، وإن خلف ولاء أنبى على الروابيتين في فسخ الكتابة على ماتقدم .

٨٨٢١

( فصل )

وإن وهب له بعض ذوى رحمه فله قبوله ، وإن وصى له به فله قبول الوصية ، لأنه إذا ملك شراؤه مع ما فيه من بذل ماله ، فلا أن يجوز بغير عوض أولى ، وإذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه .

٨٨٢٢

( فصل )

ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته ، والمكاتب زوجها ، لأن ذلك يجوز لنفي المكاتب لحجاز للمكاتب كشراء الأجانب ، وينفسخ النكاح بذلك ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يفسخ ، لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له التسري ولا يمتق والده وولده إذا اشتراه ، فأشبهه العبد القن . ولنا : أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ، ويجزى الربا بينه وبينه ، وإنما منع من التسري لتعلق حق سيده بما في يده ، كما يمنع الرهن من الوطء مع ثبوت ملكه ، ولم يمتق عليه ذوو رحمه لذلك . فإذا اشتري أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه .

٨٨٢٣

( فصل )

وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبه برضاها ، ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يفسخ النكاح ، لأنها لازمة ، وإنما تملك نصيبها من الدين الذي

عليه ، بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث . فإن عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حينئذ لأنها ملكت نفسها منه .

ولنا : أن المكاتب مملوك لسيدته لا يعتق بموته ، فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه ، ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك ، فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن . وأما كون الولاء للميت فلأن السبب وجد منه فنسب العتق إليه وثبت الولاء له .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث نصيبها منه ، لأنها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه ، لأنه لا يتجزأ . وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءاً منه أو ورثت شيئاً من العبد القن بطل نكاحها . وإن كانت لا ترث أباهاً للمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله . والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنات . وكذلك لو تزوج رجل مكانية فورثها أو ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك ، والله أعلم .

### مسألة

٨٨٢٤

قال : ﴿ وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فأجابوه ، فلما عاد إليهم لم يكتبوا له كتاباً أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ ، فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ، ويشار كهما فيما أخذنا من المال وليس على العبد شيء ﴾ .

اعترض على الخرق في هذه للسألة ، حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده ، مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قال العبد لرجل : اشترني من سيدي بهذا المال وأعقتني ، فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ، ويكون السيد قد أخذ ماله . وقد أجاب القاضي عن هذا الإشكال بوجود منها :

أن يكون مكانياً ، وقوله بيعوني من نفسي بهذه أى أعجل لكم الثلاثمائة وتضمون عنى ما بقى من كتابتي ، ولهذا ذكرهما في باب للمكاتب .

الثاني : أن يكون المال في يد العبد لأجنبي قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها .

الثالث : أن يكون حقيقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر .

الرابع : أن يكون رضى سادته ببيعه نفسه بما في يده ، وفعلهم ذلك معه إعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك إليهم ، فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعتك نفسك بخدمتي سنة فإن منافقه مملوكة لسيدته ، وقد صح هذا فيها فكان هاهنا ، وهذا الوجه أعظمها إن شاء الله تعالى ، لأنه لا يحتاج إلى تأويل . ومتى أمكن حل الكلام على ظاهره لم يميز تأويله بغير دليل .

وإذا تعذر هذا فتنى اشترى العبد نفسه من سادته عتق ، لأن البيع يخرج من ملكهم ، ولا يثبت

عليه ملك آخر ، إلا أنه هاهنا لا يعتق إلا بالقبض ، لأننا جعلناه عتقاً مشروطاً بالقبض ، وبهذا قال الخرق  
فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ، ولو عتق بالبيع لعتق باعترافيهم به لا بالشهادة  
بالقبض . ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما ،  
لأنهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالأجنبيين ، ورجع المشهود عليه عليهما  
فيشاركهما فيما أخذه ، لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد ، والعبد مشترك بينهما فتمتته يجب أن يكون  
بينهم ، ولأن ما في يد العبد لم والذي أخذه كان في يده ، فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم  
بالسوية ، وشهادتهما فيما لها فيه نفع غير مقبولة ، ودفع مشاركته لها فيه نفع لها فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت  
شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما يفتنمان به ، كما لو أقر بشيء لغيرهما لها فيه نفع ، فإن إقرارهما يقبل فيما  
عليهما دون مالهما .

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض ، لأنهما يدفمان بها عن أنفسهما مفرماً ،  
ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل ، وإنما يقبل ذلك في الإقرار ، لأن العدالة غير  
معتبرة فيه ، والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة .

فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض وله  
مطالبته بنصيبه ، أو مشاركة صاحبه فيما أخذ ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام  
المائة ، ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء ، لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول : ظلمني وأخذ مني مرتين ،  
وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان : ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه ،  
وإن كانا غير عدلين فكذا ذلك سواء . قلنا : إن شهادة العدلين مقبولة أولاً ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ،  
وإنما يؤخذ بإقراره ، فإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق إذا حلف ، إلا أن يشهدا عليه بالبيع  
ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما ، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً .

## ( فصل )

٨٨٢٥

وإذا كان العبد بين شريكين فكانتاه بمائة ، فأدعى دفعها إليهما وصدقاها عتق ، فإن أنكر أو  
لم تكن بينة<sup>(١)</sup> فالقول قولهما مع أيمانهما . وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى  
قول الخرق تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً ، فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ، ويرجع للنكر

( ١ ) في طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٦٠ والفق ج ٩ ص ٥٠٢ ( أو لم تكن بينة ) والصواب ( ولم تكن

بينة ) بالواو لا ( أو ) كما في الشرح الكبير ٤٦٩/١٢ ( ف )

على الشاهد فيشاركه فيما أخذه . وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه ، لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مفرماً . والقول قول سيده مع يمينه ، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون ، لأن ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما .

فإن قيل : فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا : إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به ، وإذا أقر بمصوره لزمه حكم إقراره ، ومن حكمة جواز رجوع شريكه عليه .

فإن قيل : لو كان عليه دين لاثنتين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه ، فلم يرجع هاهنا ؟ قلنا : إن كان الدين ثابتاً بسبب واحد فاقبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كسألتنا . وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب ، والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا يدفع شيئاً منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتاً فيه .

إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بمخسمين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء ، لأنه إنما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخسمة وعشرين ، وعلى العبد بخسمة وعشرين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل .

وإن عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تمجيذه واسترقاقه ، ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه ، لأن الشريك والعبد يعقدان أن الحرية ثابتة في جميعه ، وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالم باسترقاقه ، والمنكر يدعى رقيقاً بجميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لأنه يزعم أن ما قبضت نصيبى من كتابته وشريكى إن قبض شيئاً فقد استعق نصفه بغير إذنى فلا يعتق شيء منه بهذا القبض ، وسراية العتق بمنعة على كلا القولين ، لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً ، وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعى رضى الله عنه .

( نصل )

٨٨٣٦

فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه وبأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرى . وإذا قال : إنما دفعت إلى حتى وإلى شريكى حقه ولا بينه للعبد ، فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه ، ولا نزاع بين العبد وبين الآخر ، لأنه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بصفه ومطالبة للقبض بنصف ما قبضه ، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين ، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فلا شريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً ، لأنه



لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع ، فإذا أنكره لزمته البين . فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين :

أحدهما : أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً . وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى .  
والثاني : أنه يدفع عن نفسه مضمناً ، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه ، لأن العبد معترف برقه غير مدّع حرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ، ويحتمل أن لا تقوم أيضاً ، لأن القابض يدعى حرية جميعه والمنكر يدعى ما يوجب رق جميعه ، فأنهما يقولان : ما قبضه قبضه بغير حق ، ولا يمتنع حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه ، فإذا كان أحدهما يدعى رق جميعه والآخر يدعى حرية جميعه ، فما اتفقا على حرية البعض دون البعض .

## (فصل)

٨٨٢٧

وإن اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال : قد دفعت إلى شريكي نصفها ، فأنكر الشريك ، فالقول قوله مع يمينه ، وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه ، وللرجوع عليه أن يحلفه ، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك ، لأنه اعترف بقبض المائة كلها ، ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ، ولا يرجع الشريك عليه بشيء ، لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه ، وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع على غير ظلمه ، فإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين ، لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته ، وللعبد الرجوع على القابض بها ، سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه ، لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فكان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها ، فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها ، فإن تعذر ذلك فله تمجيّزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ، ويقوم على الشريك للقابض إن كان موسراً ، إلا أن يكون العبد بصدقه في دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم ، لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر . وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك ، فلم يملك المنكر تمجيّزه واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تمجيّز العبد نفسه مع القدرة على الأداء إن قلنا له ذلك فلمنكر استرقاقه ، وإن قلنا : ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه ، لأنه قادر على الأداء .

فإن قيل : فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟

قلنا : لأنه لو رجع عليه بها كان قابضاً بجميع حقه من مال الكتابة فيمتنع المكاتب بذلك إلا أن يتمتع قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها ، كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

٨٨٢٨

﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإذا قال السيد : كاتبك على ألفين ، وقال العبد : على ألف ، فالقول قول السيد مع يمينه ﴾ .  
 قال القاضي : هذا المذهب نص عليه أحمد رضى الله عنه في رواية الكوسج ، وهو قول الثوري والأوزاعي وإسحاق . وقال أبو بكر : اتفق أحد والشافعي على أنهما يتعاقبان ويترادان ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتعاقبان إذا لم تكن يمينه كالمتبايعين . وحكى عن أحمد رضى الله عنه رواية ثالثة أن القول قول المكاتب ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ، ولأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا : أنه اختلاف في الكتابة ، فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ، ويفارق البيع من وجهين : أحدهما : أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه ، والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيد ، فالقول قوله فيه .

والثاني : أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة ، فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده . ويبان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى لرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده ، وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه ، فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته ، وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع ، لأن الأصل معه والأصل هاهنا مع السيد ، لأن الأصل ملكه العبد وكسبه . فإذا ثبت هذا : فحق حاف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها ، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده ، مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعى المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة . ومن قال بالتحالف قال : إذا تمالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه . وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحربة ، لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ، ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله .

( فصل )

٨٨٢٩

وإن اختلفا في أداء النجوم ، فقال المكاتب : أدبت وعتقت ، وأنكر السيد ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأنه منكر والقول قول المنكر . وإن اختلفا في إبرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لا لك .

٨٨٣٠

(فصل)

وإن كاتب عبيد واستوفى من أحدهما ولم يدرك من أيهما استوفى ، فقياس المذهب أن يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، كما لو أعتق عبداً من عبيده وأنسيه ، فإن ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى إليه ، فإن نكل عتق الآخر ، فإن مات السيد قبل القرعة أفرع الورثة . فإن ادعى الآخر عليهم أنه المؤدى فعليه اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى ، لأنها يمين على نفي فعل الغير .

فإن أقام أحد العبدین بيعة أنه أدى عتق ، سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد أو بعد موته ، فإن كان ذلك قبل القرعة تميزت الحرية فيه ورق الآخر ، وإن كان بعدها فكذلك ، لأن القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة للعتق والبيعة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة ، فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرية كما تبيننا حرية من ظننا رقه ، ولأن من لم يؤد لا يصير مؤدياً بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق . ويتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه في الطلاق ، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدى منهما .

ومتى ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عايه ، سواء كان السيد أو ورثته ، إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت ، وإن كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم ، إلا أن بدعى الأداء إليهم فتكون أيمانهم على البت أيضاً ، وعلى كل واحد من الورثة يمين ، لأن كل واحد منهم يدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدهوى .

٨٨٣١

(فصل)

إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه<sup>(١)</sup> آخر غير سيده ، فقال سيده : قد أدى إلى وعتق ، فأنجز ولاء ولده إلى ، فأنكر ذلك مولى أمهم وكان للمكاتب حياً ، فقد صار حراً بهذا القول ، فإنه إقرار من سيده بمعتقه وينجز ولاء ولده إليه ، وإن كان مرياً فالقول قول مولى أمهم ، لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له ، فيحلف ويبقى ولاؤهم له .

٨٨٣٢

﴿مسألة﴾

قال : ﴿وإذا أعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما في بطنها أو أعتق ما في بطنها دونها فله شرطه﴾ .  
روى نحو هذا القول عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعي وإسحاق وابن المنذر . وقال ابن سيرين : له ما استثنى ، وقال عطاء والشامي : إذا استثنى ما في بطنها فله استثنأؤه .

(١) في طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٦٧ والفتح ج ٩ ص ٥٠٧ (من معتقه آخر) والله وأب (من معتقه آخر) (ف)

وقال مالك والشافعي : لا يصح استثناء الجنيين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنية<sup>(١)</sup> إلا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناءه في البيع فلا يصح في المتق كبعض أعضائها .

ولنا قول ابن عمر وأبي هريرة ولم نعلم لها مخالفاً في الصعابة ، قال أحمد : أذهب إلى حديث ابن عمر في المتق ولا أذهب إليه في البيع .

وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم »<sup>(٢)</sup> وهذا قد شرط ما في بطن معتقه فكان له بمقتضى الخبر ، ولأنه يصح إقراره بالمتق فصح استثناءه .

وأما خبرهم فنقول به والحل معلوم فيصح استثناءه بمقتضى الحديث ، ويفارق البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات الموضع ليعلم هل هو قائم مقام الموضع أم لا ؟ والعتق تبرع لا يتوقف صحته على معرفة صفات المتق ولا تنافيه الجهاالة بها ، ويسكنى العلم بوجوده وقد علم ذلك ، ولذلك صح إفراد الحل بالعتق ولم يصح إفراده بالبيع ، ولأن استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله ، وما هنا إذا بطل استثناءه لم يبطل العتق في الأمة ويسرى الإعتاق إليه ، فكيف يصح إعتاقه مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها ، لأن المعضو لا يقصور إفراده بالرق والحرية دون الحل .

وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة ، فإذا عتق بعضها سرى إلى المستثنى ، والولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية إلى أمه ، ويصح إفراده بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها ، وفي ولد المبرور بحرية أمه ، وفيها إذا وطئ بشبهة ، وفي ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الأعضاء ، ولأن الولد يرث ويورث ويوصى به وله ، وإذا قتل كان بدمه مودوناً ولا تختص به أمه وتجب للكفارة بقتله والديه في مقابلته ، فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما إن أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافاً فيه .

قال إسحاق بن منصور : سئل سفيان عن رجل قال : ما في بطنك حر قال : هو حر والأم مملوكة ، لأن ولدها منها وليست هي من ولدها . قال أحمد وإسحاق : جيد .

وقال مهنا : سألت أحمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت : فقد حبست ، فقال لها مولاهما :

(١) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٦٧ والفق ٩ / ٥٠٧ ( نهى عن الثنية ) بهزمة محدودة والوارد بألف مقصورة ( الثنية ) بدون همزة بعد الألف - والحديث أخرجه مسلم عن جابر بلفظ « نهى عن بيع الثنية » زاد الترمذى واللسانى وابن حبان في صحيحه « إلا أن تعلم » قال الحافظ في تلخيص الحبير ج ٣ ص ٥ « ووم ابن الجوزى ذكر في مجامع التصانيد أنه متفق عليه من حديث جابر ولم يذكر البخارى في كتابه ( الثنية ) » (ف)

(٢) الحديث سبق قريباً تخريجه . (ف)

ما في بطنك حر ولم تكن حاملا . قال : لا تمتق ، فأعدت عليه القول مرة أخرى ، فقال : لا يكون شيء . إنما أراد ما في بطنها فلم يكن شيء .

قال المروزي : وسئل أبو عبد الله عن رجل أعرق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال : جائز .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٨٣٣

قال : ﴿ ولا بأس أن يجعل المكاتب لسيدته بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته ﴾ .  
وجعلته : أنه إذا كتبه على ألف في نجمين إلى سنة ، ثم قال : عجل لي خمسمائة منه حتى أضاع عنك الباقي ، أو حتى أبرئك من الباقي ، أو قال : صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك ، وبه يقول طاوس والزهرى والنخعي وأبو حنيفة ، وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي .  
وقال الشافعي : لا يجوز ، لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية ، وهو أن يزيد في الدين لأجل الأجل ، وهذا أيضاً هبة ، ولأن هذا لا يجوز بين الأجانب ، والربا يجري بين المكاتب وسيدته فلم يجوز هذا بينهما كالأجانب .

ولنا : أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح ، بدليل أنه لا يجري على أدائه ، وله أن يمتنع من أدائه ، ولا تصح الكفالة به ، وما يؤديه إلى سيده كسب عبده . وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق ، وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب ، فإذا أمكنه التمتع على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ، ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الأجانب من حيث أن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن .

وقولهم : إن الربا يجري بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن أبي موسى وإن سلمناه ، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية ، فإنه إسقاط لبعض الدين ، وربما الجاهلية زيادة في الدين ، وربما الجاهلية يفضى إلى نفاذ مال الدين وتحمله من الدين ما يعجز عن وفائه فيحبس من أجله [ويؤسر به] <sup>(١)</sup> وهذا يفضى إلى تمجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا .

### ( فصل )

٨٨٣٤

فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين ، مثل أن يكتبه على ألف في نجمين إلى سنة ، يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي ، فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين في كل سنة ستمائة ، أو مثل أن يحل عليه

( ١ ) هذه العبارة لا توجد في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٦٤ ولا داعي لها ( ف ) .

نجم فيقول أخرنى به إلى كذ وأزيدك كذا فيحتمل أنه لا يجوز ، لأن الدين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الأجل .

وفارق المسألة الأولى من هذين إلى الوجهين .

فإن قيل : فكأن الأجل لا يتأخر كذلك لا يتمهل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلمَ جاز في

المسألة الأولى ؟

قلنا : إنما جاز في المسألة الأولى بالتمجيل فعلاً ، فإنه إذا دفع إياه الدين المؤجل قبل محله جاز ، وجاز لا يد إسقاط باقى حقه عليه . وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه المقدم فموضع المسألة الأولى وهو ممتنع من وجه آخر ، لأن في ضمن الكتابة : إنك متى أدبت إلى كذا فأنت حر ، فإذا أدى إليه ذلك فينبغى أن يعتق . فإن قيل : فإذا غير الأجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الأولى وجعلها كتابة ثانية .

قلنا : لم يجر بينهما فسخ ، وإنما قصدا لتغيير العوض والأجل على وجه لا يصح ، فيبطل التغيير ويبقى المقدم بحاله ، ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسألة الأولى . فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فإن له الرجوع ، وكذلك في المسألة الأولى لو قال : أعجل لك مال الكتابة وتسقط عني منه كذا ؟ فقال : نعم ثم رجع أحدهما قبل التمجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم ، وإنما له أن يؤديه قبل محله ، ولأن الدين ترك قبضه في محله وذلك إلى اختياره ، فإذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك .

( فصل )

٨٨٣٥

فإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه ، مثل أن يصالحه عن النفود بمحنة أو شعير جاز ، إلا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل ، لأنه يكون بيع دين بدين . وإن صالحه عن الدرام بدنانير ، أو عن الحنطة بشعير لم يجر التصرف قبل القبض ، لأن هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس . وقال القاضى : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقاً ، لأن هذين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ، ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم . وقال ابن أبى موسى : لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده ، فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده ، والأولى ما ذكرناه ، وفارق دين الكتابة دين السلم . فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسألة ففارقته لدين السلم أعظم ، والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٣٦

قال : ﴿ وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى اعتق الآخر وهو موسر ،

فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته .

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بفهر إذن شريكه ، ويبقى سائر غير مكاتب ، فإذا فعل هذا فأعتق الذي لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى المعتق إلى باقيه فصار كله حراً ، ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ، ويكون الرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على ما بقي من كتابته ، لأن الرجوع عليه بقيمة ما أتلف ، وإنما أتلف مكاتباً . وإن كان المعتق معسراً لم يسر المعتق على ما مضى في باب المعتق . وقال أبو بكر والقاضي : لا يسرى المعتق في الحال لكن ينظر . فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سرى المعتق وقوم عليه حينئذ ، لأن سرية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غيره .

وقال ابن أبي ليلى : عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة ، فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب ، وإن عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له .

وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان ، فإذا كاتبه بإذن شريكه ثم أعتق الذي لم يكاتب فهل يسرى في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة عدل <sup>(١)</sup> » وهذا داخل في عمومه ، ولأنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه ، فسرى إلى باقيه كما لو كان قنأ ، ولأن مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً ، فإنه لانس فيه ولا أصل له يقاس عليه ، فوجب أن يثبت .

وقولهم : إنه يفضى إلى إبطال الولاء .

قلنا : إذا كان العتق يؤثر في إبطال الملك الثابت المستقر الذي الولاء من بعض آثاره ، فلأن يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ، ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من ممتقة قوم نقل ولاءهم إليه ، فإذا نقل ولاءهم للثابت بإعتاق غيرهم ، فلأن ينقل ولاء لم يثبت بمد بإعتاق من عليه الولاء أولى ، ولأنه نقل الولاء ثم عن لم يفرم له عوضاً ، فلأن ينقله بالمعوض أولى ، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء بنيه على سرية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن الولاء ثم ثابت ، وهاهنا بعرض الثبوت .

والثاني : أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره ، وهاهنا بإعتاقه .

والثالث : أنه انتقل ثم بغير عوض ، وها هنا بعوض .

(فصل)

٨٨٣٧

وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه ، وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة ، فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما ، وإن عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً فناً لإعلى الرواية التي تقول : يستسمى العبد ، فإنه يستسمى عند عجزه في قيمة باقيه ، ولا يستسمى في حال الكتابة ، لأن الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه ، فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم ، فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في القيمة والله أعلم .

(فصل)

٨٨٣٨

ونقل عن أحمد رضي الله عنه : أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على ألف درهم ، فأدى إليهما تسعة ؛ لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ، ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ، ثم إن أحدهما أعتق نصيبه ؟ قال : إن كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد ، لأنه عبد ما بقي عليه درهم ، ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود إلى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو بينهما . ونقل عنه حنبل أنه يمتق إلا نصف المائة على هذا ، ويكون الولاء على قدر ما أعتق . قالوا : الأولى توافق قول الخرق ، فإنه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التي عتق عليها ، وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته إلا مائة منها وهي عشرين ، وأما رواية حنبل ؛ فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر والقاضي : في أنه لا يسرى العتق إلى الجزء المكاتب لغيره . وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه ، والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٣٩

قال : ﴿ وإذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده . ﴾

وجملته : أن للمكاتب إذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده ، سواء كان من كسبه أو من صدقة تطوع أو وصية . وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان :

إحداها : هو لسيده ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال عطاء : يجعله في السبيل أحب إلى ، وإن أمسكه فلا بأس .

الرواية الثانية : يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين ، نقلها حنبل ، وهو قول شريح والنخعي والثوري ، واختار أبو بكر والقاضي : أنه يرد إلى أربابه ، وهو قول إسحاق ، لأنه إنما دفع إليه ليصرف في العتق ، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل .



ولنا : أن ابن عمر رد مكانياً في الرق فأمسك ما أخذه منه ، ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازی فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه ، وأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازی يأخذ لحاجتنا ، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كسألتنا لا يرد .

## ( فصل )

٨٨٤٠

وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال ، لأن المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها ، وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً ، فلم يزل ملكه عنه ، كالوعتق المكاتب . ويفارق ما في يد المكاتب ، لأن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا . والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به ، سواء عجز أو أدى ، لأن ماله تلف في يده ، فأشبه ما لو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة . وإن اشترى به عرضاً وعجز والمعرض في يده ، ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه ، لأن العرض عوضه وقائم مقامه ، فأشبه ما لو أعطى الغازی من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحاً ثم فضل ذلك عن حاجته .

## ( فصل )

٨٨٤١

وموت المكاتب قبل الأداء كمعجزه فيما ذكرنا ، لأن سيده يأخذ ما في يده قبل حصول مقصود الكتابة . وإن أدى وبقي في يده شيء فحكه في رده أو أخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند عجزه ، لأن ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وإن كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضى به دينه لم يلزمه رده ، لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة ، فأشبه ما يحتاج إليه في أدائها .

## ( مسألة )

٨٨٤٢

قال : ﴿ وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الآخر ﴾ .

لا خلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للمبيد ، والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا ، فإذا اشترى أحد الكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه ، لأن التصرف صدر من أهله في محله . وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لسيدين ، فإذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح ، لأنه سيده ومالكة ، وليس للمملوك أن يملك مالكة ، لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه : أنا سيدك ولى عليك مال الكتابة تؤديه إليّ ، فإن عجزت فلي فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقاً لي ، وهذا تناقض . وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها في النكاح فهاهنا أولى ، ولأنه لو صح هذا لتناقض الدّيانان إذا تساويا وعقدا جميعاً .

فإذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والبيع هاهنا باق على كتابته ، فإن أدى عتق وولاؤه موقوف ،

فإن أدى سيده كتابته كان له ، لأنه عتق بأدائه إليه ، فإن عجز فولأؤه لسيده ، لأن العبد لا يثبت له ولاء .  
ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه . هذا مقتضى قول القاضى . ومقتضى قول أبى بكر : أن الولاء لسيده ، لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ، وكذلك فيما إذا أعتق بإذن سيده أو كاتب عبده فأدى كتابته ، وهذا نظيره ، ويحتمل أن يفرق بينهما لكون العتق "تم" بإذن السيد فيحصل الإنعام منه بإذنه فيه ، وهاهنا لا يقتصر إلى إذنه فلا نعمة له عليه ، فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده ، والله أعلم .

## ( فصل )

٨٨٤٣

وإن لم يعلم السابق منهما ، فقال أبو بكر : يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما إلى كتابته ، لأن كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين ، وذكر القاضى أنه يجرى مجرى ما إذا زوج الوليان فأشكل الأول منهما فيقتضى هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان . وعلى قول أبى بكر : لا حاجة إلى الفسخ ، لأن النكاح إنما احتيج إلى فسخه من أجل المرأة فإنها منكوحة نكاحاً صحيحاً لو أحد منهما بغيره فلا يزول إلا بفسخ ، وفي مسائلنا لم يثبت تعيين البيع في واحد بغيره فلم يقتصر إلى فسخ .

## ( فصل )

٨٨٤٤

وإذا كاتب عبداً له صفقة واحدة بموض واحد ، مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف ، صبح في قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحن بن صالح وإسحاق ، وهو المنصوص عن الشافعى رضى الله عنه ، وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر لا يصح ، لأن العقد مع ثلاثة كمقود ثلاثة ، وموض كل منهم مجهول فلم يصح ، كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بموض واحد . ولنا : أن جملة الموض معلومة ، وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد . وعلى قول من قال : إن الموض يكون بينهم على السواء ، فقد علم أيضاً تفصيل الموض وعلى كل واحد منهم ثلث ، وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة .

إذا ثبت هذا ، فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف ، ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد ، لأنه حين للمعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم ، فإذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحن بن صالح والشافعى وإسحاق . وقال أبو بكر عبد العزيز : بتوجه لأبى عبد الله قول آخر أن الموض بينهم على عدد رموسهم فيساوون فيه ، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشئ .

ولنا : أن هذا موض فتفقط على الموض ، كما لو اشترى شهماً وسهماً ، وكما لو اشترى عبداً فرد

واحداً منهم بميب ، أو أتلّف أحدهم ورد الآخر ، ويخالف الإقرار فإنه ليس بموض . إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق ؟ وهذا قول الشافعي .

وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكى ذلك عن أبي بكر ، وهو قول مالك ، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن السكب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقيون ، واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقيين ، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً .

وقال أبو حنيفة : إن لم يقل لهم السيد إن أدبتم<sup>(١)</sup> عتقتم ، فأيهم أدى حصته عتق ، وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء . وإن قال لهم : إن أدبتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدي الكتابة كلها ، ويكون بعضهم حيلة عن بعض ، وبأخذ أيهم شاء بالمال ، وأيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بمصنهما .

ولنا : أنه عقد معاوضة مع ثلاثة ، فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشترى عبداً ، وكما لو لم يقل لهم : إن أدبتم عتقتم على قول أبي حنيفة ، فإن قوله ذلك لا يؤثر ، لأن استحقاق العتق بأداء الموض لا بهذا القول ، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ، ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ، فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ، ولا يصح القياس على كتابة الواحد ، لأن ما قدره في مقابلة عتقه ، وهاهنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا .

إذا ثبت هذا ، فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فاشترط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب : في الشرط رواية أخرى أنه صحيح ، وخرجه ابن حامد وجماً بقاء على الروایتين في ضمان الحر لمال الكتابة . وقال الشافعي رضي الله عنه : العقد والشرط فاسدان ، لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه ، لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط ، فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد . وقال مالك وأبو حنيفة : العقد والشرط صحيحان ، لأنه مقتضى العقد عندهما .

ولنا : أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه كما لو جمل المال صفة مجردة في العتق فقال : إن أدبت إلى ألقا فأت حر ، ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزمه المضمون عنه . ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ، فلا يلزم الضامن ، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ، ولأنه لا يملك

( ١ ) في طبعة رheid ٤٧٧/١٢ والفق ٥١٦/٩ ( إن أدبتم ) والصواب ( إن أدبتم ) كما سيأتي في كلام الشارح نفسه ( ف ) .

الضمان عن حر ولا عمن ليس معه في الكتابة ، فكذلك من معه ، وأما للعقد فصحيح ، لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة ، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٨٨٤٥

( فصل )

إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته ، نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل ، وكذلك إن أعتق بعضهم . وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكاتباً لم ينفذ عتقه ، لأنه يضر بالباقيين ، وإن لم يكن مكاتباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه ، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحداً منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه .

٨٨٤٦

( فصل )

فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح ، لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده . وإن كان قد حل عليه نيم صرف ذلك فيه ، وإن لم يكن حل عليه نيم فله الرجوع فيه . وإن علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الآخر صح ، لأن قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الإذن فيه ، فجاز كما لو أذن فيه تصريحاً . وإن كان الأداء بعد أن عتق صح ، سواء علم السيد أو لم يعلم . فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا . فإن كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به ، وإن أداء محسباً بالرجوع عليه وكان الأداء بإذن المؤدى عنه فهو فرض<sup>(١)</sup> يلزمه أدائه كما لو اقترضه منه . وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه ، لأنه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه ، كما لو تصدق عنه صدقة تطوع ، وبهذا فارق سائر الدبون . وإن كان بإذنه وطلب استيفاء قدم على أداء مال الكتابة كسائر الدبون . وإذا عجز عن أدائه تخلفه حكم سائر الدبون ، وهذا كله مذهب الشافعي .

٨٨٤٧

( فصل )

ولا يصح ضمانه الحر لمال الكتابة وذكر القاضي فيه روايتين :  
أحدهما : يصح ضمانه لأنه عوض في معاوضة فصح ضمانه كضمن المبيع .  
ولنا : ما ذكرناه من قبل ، ولا يصح قياسه على الثمن ، لأنه لازم وهذا غير لازم .

٨٨٤٨

( فصل )

وإذا أدوا ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته : أدى كل واحد منا بقدر ما عليه فلا فضل لأحدهما على صاحبه ، وقال من قلت قيمته : أدينا على السواء فلي الفضل عليك أو يكون وديعة لي عند

( ١ ) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٧٩ والفتى ٩ / ٥١٨ ( فرض ) بالفاء والصواب ( قرض ) بالقاف كما في الشرح الكبير ١٢ / ٤٤٨ ( ف ) .

سيدنا ، فالقول قول الأول ، لأن الظاهر أن من عليه ، دين لا يؤدي أكثر منه ، فرجعت دعواه بذلك . فإن كان يؤدي أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة ، فالقول قول من يدعى التساوى ، لأنهم اشتركوا في أدائه ، فكانت أيديهم عليهم<sup>(١)</sup> ، فاستووا فيه ، كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه .

## ( فصل )

٨٨٤٩

وإن جنى بعضهم جناية عليه دون صاحبه ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه . وقال مالك رضي الله عنه : يؤدون كلهم أو شئ ، فإن عجزوا رقبوا .

ولنا قول الله تعالى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى<sup>(٢)</sup>) وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لَا يَجْنِي بَانٍ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ<sup>(٣)</sup>» ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدتا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا هاهنا ، لأن مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالتقاصص ، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بمحضته فهو كالفرد بمقده .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٨٥٠

قال : ( وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء ، فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل ) .  
أما الشرط : فباطل لانعلم بطلانه خلافاً ، وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كانت في بريرة ثلاث قصيات : أراد أهلها أن يبيعوها ويشرطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « اشترىها واعتقها فإنما الولاء لمن أعتق »<sup>(٤)</sup> متفق عليه .

وفي الحديث الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اشترىها واشترطى لم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد ، فما بال ناس يشترطون

( ١ ) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٠ والفق ٩ / ٥١٨ ( عليهم ) والصواب ( عليه ) كما في الشرح الكبير ونصه ١٢ / ٤٤٩ ( لأن أيديهم على المال فيساوون فيه ) ( ف ) .

( ٢ ) سورة الاسراء آية ١٥

( ٣ ) أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن الأحوص ( ف )

( ٤ ) لفظ الحديث كما في صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٤٣ « عن عائشة قالت : كان في بريرة ثلاث قصيات : أراد أهلها أن يبيعوها ويشرطوا ولأهلها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اشترىها واعتقها . فإن الولاء لمن أعتق . قالت : وعنت . فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترت نفسها . قالت : وكان الناس يتصدقون عليها وتهدي لنا ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو عليها صدقة وهو لكم هدية فكاه » ( ف ) .

( م ٥٨ - المقي - ج ١٠ )

شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه .

ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى<sup>(١)</sup> عن بيع الولاء وهبته وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لم يصرح بكلمة النسب ، فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالأقربة ، ولأنه حكم المعتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصح اشتراط حكم الفكاك لغير الفاكح ، ولا حكم البيع لغير الماقل<sup>(٢)</sup> . وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرطاً لبائعه أو لرجل آخر بعينه ، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط ، نص عليه أحمد رضي الله عنه .

وقال الشافعي رضي الله عنه : يفسد به ، كما لو شرط عوضاً مجهولاً . ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

ولنا : حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه ، وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف ، وهذا الشرط زائد ، فإذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله .

فإن قيل : المراد بقول النبي صلى الله عليه وسلم « اشترطى لهم الولاء » أى عليهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على ، كقول الله تعالى : ( وَإِنْ أَسَأَأْتُمْ فَلَهَا )<sup>(٣)</sup> أى فعلها .

قلنا : هذا لا يصح لوجوه ثلاثة .

أحدها : أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال .

والثاني : أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي صلى الله عليه وسلم بشرط لا يقبلونه ؟

والثالث : أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط ، لأنه مقتضى العتق وحكمه .

والرابع : أن في بعض الألفاظ « لا يمنعك »<sup>(٤)</sup> هذا الشرط منها ابتاعى واعتق » وإنما أمرها النبي صلى

الله عليه وسلم بالشرط تعريضاً لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

( ١ ) نهى عن بيع الولاء وهبته أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن ابن عمر ( ف ) .

( ٢ ) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٠ والنفق ٩ / ٥١٩ ( الماقل ) والصواب ( الماقل - د ) كما في التشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٥٠ ( ف ) .

( ٣ ) سورة الإسراء آية ٧

( ٤ ) لفظ مسلم ج ٢ ص ١١٤٢ « لا يمنعك ذلك منها ابتاعى واعتق » ( ف ) .

٨٨٥١

(فصل)

وإن اشترط السيد على المسكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في موارثهم ، فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء ، منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإسحاق . وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح ، لأنه يخالف كتاب الله عز وجل ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، بقول النبي صلى الله عليه وسلم . قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلاً كاتب مملوكه واشترط ميراثه ، فلما مات المسكاتب تخاصم ورثته إلى شريح ، ف قضى شريح بميراث المسكاتب لورثته ، فقال للرجل : ما يفنى عني شرطي منذ عشرين سنة ، فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالأذى قبله .

٨٨٥٢

(فصل)

وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز ، وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهري : لا يصح ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، أشبه ما لو شرط مهراته . ولنا : أنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصل من سبي العرب وشرط عليهم : إنكم تخدمون الخليفة من بعدى ثلاث سنوات ، ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العتق ، ولأنه شرط نعماً معلوماً أشبه ما لو شرط عوضاً معلوماً . ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد ، فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه

٨٨٥٣

(فصل)

وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف ، وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ، ويعتق عند أدائه ، لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح ، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض وبقي الآخر دَيْناً عليه بعد عتقه كالأداء بأكمله نفسه به .

٨٨٥٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا أسر العدو المسكاتب فاشتره رجل فأخرجه إلى سيده فأحب أخذه أخذه بما اشتره فهو على كتابته ، وإن لم يحب أخذه فهو على ملك مشتربه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء ولا يؤد لمن يؤدى إليه ﴾ .

وجملته : أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذهم المسلمون فالكتابة بحالها . فإن أخذ في الفنائم فلم يحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء ، وكان على كتابته كمن لم يؤسر . وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الفانمين ، أو اشتره رجل من الفانمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن

سيده أحق به بالتمن الذى ابتاعه به ، وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلاحق لسيده فيه بحال ، فيخرج في المشتري مثل ذلك ، وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته ، وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته ، فعمتق بالأداء في اللوامين ، وولاؤه لمن يؤدي إليه كما لو اشتراه من سيده .

وقال أبو حنيفة والشافعي رضى الله عنهما : لا يثبت عليه ملك الكفار ، ويرد إلى سيده بكل حال . ووافق أبو حنيفة والشافعي في للكتاب والمدير خاصة ، لأنها عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل للملك فيهما ، فأشبهها أم الولد . وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مفسوماً لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء ، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي أن الكتاب والمدير يجوز بيعهما بما يغنى عن إعادته ها هنا .  
(فصل) ٨٨٥٥

وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يحتسب عليه بها ، لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة ، فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه ، كما لو حبسه سيده . فعلى هذا ينبغي على ما مضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد .

والثاني : يحتسب عليه بها ، لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده ، فاحتسب عليه بها كما لو مرض ، ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه ، فاحتسب عليه بها كسائر الفراء ، وفارق ما إذا حبسه سيده بما سذكره إن شاء الله تعالى . فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته ، وإن حل ما يجوز تمجيذه بترك أدائه فلسيده تمجيذه ورده إلى الرق . وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم ؟ فيه وجهان : أحدهما : له ذلك ، لأنه تمذر عليه الوصول إلى المال في وقته ، فأشبه ما لو كان حاضراً . يحقق أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتمذر إحضاره وأداؤه في مدة قريبة لكان اسيده الفسخ ، فالمال ها هنا إما معدوم وإما غائب يتمذر أدائه ، وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ .

الثاني : ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم ، لأنه مع الفينة يحتاج إلى أن يبعث إليه مال أم لا ؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه ، فإن أدّى وإلا فقد عجز نفسه . فإن فسخ للكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خالص للكتاب فادعى أن له مالاً في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أدائه لأنه إذا كان متمذر الأداء كان وجوده كعدمه .

(فصل)

٨٨٥٦

وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ، ولا يحتسب عليه بمدة في أحد الوجوه .



والثاني : يحتسب عليه بدته ، لأن مال الكتابة دين مؤجل ، فيحسب بمدة الحبس من الأجل كسائر الديون المؤجلة . فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها ، والأول أصح ، لأن على سيده تمكنه من التصرف مدة كتابته ، فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخيرها مثل تلك للمدة ليستوفى الواجب له ، ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتفتيت مقصودها ورده إلى الرق ، ولأن عجزه عن أداء نجومه في محلها بسبب من سيده ، فلم يستحق به فسخ العقد ، كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع . ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها لم يستحق فسخ العقد ، كذا ها هنا .

الوجه الثالث : أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخليته مثل تلك للدة أو أجر مثلها ، لأنه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعهما .

## ( فصل )

٨٨٥٧

وإذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية ، لأن الكتابة يتعاق بها حق الله تعالى وحق الآدمي ، فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه ، لأنه تبرع من جهته ، فإنه بيع ماله بماله ، فإن خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ، ذكره القاضي ، لأنه تمام ماله وفائدته ، ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ، ثم ينظر ، فإن عين مال الكتابة كاتبوه عليه ، سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر ، فإن لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به ، والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته لكونه دينها مؤجلا ، ويجب رد ربه إليه ويعتبر في ذلك رضى العبد ، لأن الكتابة لا تلزمه ولا يجوز إجباره عليها ، بخلاف ما لو وصى بعتقه فإنه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه ، فإن رد الوصية بطلت ، فإن عاد فعاليها لم تلزمه إجابهة إليها ، لأن وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال ، وإن لم يكن ردها وجبت إجابهة إليها ، وإذا أدى عتق وكان ولاؤه للوصى بكتابته كما لو وصى بعتقه . فإن عجز فلا وارث رده في الرق .

وإن لم يخرج من الثلث فإنه يكاتب منه ما خرج من الثلث

وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا يخرج من الثلث تحاصوا في الثلث ، وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية . ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق ، لأن الكتابة مقصودها العتق وتفضي إليه ، ويحتمل أن لا تقدم بحال ، لأن العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة ، وإنضاضها إلى العتق لا بوجوب تقديمها ، كما لو وصى لرجل بابنه فإنه لا يقدم مع أن القصد بوسيته للعتق ويفضي إليه .

٨٨٥٨

( فصل )

فإن قال : كاتبوا أحد رقيق ، فلورثة مكاتبة من شاءوا منهم في أحد الوجهين ، وفي الآخر يكتبون واحداً منهم بالقرعة، وإن قال : أحد عبيدي فكذلك ، إلا أنه ليس لهم مكاتبة أمة ولا خنثى مشكل ، لأنه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمة ، وإن قال : أحد إمامي ، فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلاً فلم يكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد عبيدي ، وإن كان أنثى فلم يكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد إمامي ، لأن هذا عيب فيه والمعب لا يمنع الكتابة والله أعلم .

٨٨٥٩

( فصل )

والكتابة الفاسدة أن يكتب على عوض مجهول ، أو عوض حال أو محرم كالخمر والخنزير ، فأما إن شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ، ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وهذا مذهب الشافعي .

وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على اللعوض المحرم باطلة لا يمتق بالأداء فيها ، وهو اختيار أبي بكر ، فإنه قد روى عن أحمد رضي الله عنه أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة ، فحكم بالعتق بالأداء إلا في المحرمة .

واختار القاضي أنه يمتق بالأداء كسائر الكتابات الفاسدة ، ويمكن حل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الأداء شرطاً للعتق فقال : إذا أدبت إلى فانت حر ، فأدى إليه فإنه يمتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ، ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا بحكم الكتابة ، وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فإنها تساوى الصحيحة في أربعة أحكام :

أحدهما : أنه يمتق بأداء ما كوتب عليه ، سواء صرح بالصفة فقال : إن أدبت إلى فانت حر أو لم يقل ، لأن معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالصرح به فيمتق بوجوده كالكتابة الصحيحة .

الثاني : أنه إذا عتق بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه ، ولم يرجع على سيده بما أعطاه . ذكره أبو بكر ، وهو ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه ، وقال الشافعي رضي الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه ، فيتقاضان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ، وبأخذ والفضل لفضل ، لأنه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد .

ولنا : أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالأداء فلم يجب التراجع فيها ، كما لو كان العقد صحيحاً ، ولأن ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذي لم يملك كسبه ، فلم يجب عليه رده ، والمهد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته ، كما لو قال : إن دخلت الدار فانت حر .

وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ ما لا يستحقه ودفع إلى الآخر ما لا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفي مسائلنا بخلافه .

الثالث : أن الكتاب يملك التصرف في كسبه ، لأن عقد الكتابة تضمن الإذن في ذلك ، وله أخذ الصدقات والزكوات ، لأنه مكاتب يمتنع بالأداء فملك ذلك كما في الكتابة الصحيحة .

الرابع : أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة ، فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال : إنه يمتنع في الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال : لا يمتنع في الصحيحة إلا أن يؤدي الجميع فها هنا أولى . وتفرق الصحيحة في ثلاثة أحكام :

أحدها : أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها ، سواء كان موصفا أو لم تكن ، وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، لأن الفاسد لا يلزم حكمه ، والصفة ها هنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها ، لأن المعاوضة هي المقصودة ، فلما أبطل المعاوضة التي هي الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف للصفة المجردة ، ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى ، فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الكتابة الصحيحة ، فإن العوض سلم له فكان العقد لازما له .

الثاني : أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يمتنع بذلك ، لأن المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجري هذا مجرى الصفة المجردة في قوله : إذا أدبت إلى ألفا فانت حر .

الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئا من الكتابة ، لأن العتق ها هنا بالصفة المجردة ، فأشبهه ما لو قال : إذا أدبت إلى ألفا فانت حر . واختلف في أحكام أربعة :

أحدها : في بطلان الكتابة بموت السيد ، فذهب القاضى وأصحابه إلى بطلانها ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، لأنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى الزوم فيبطل بالموت كالوكالة ، ولأن المذهب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت ، فكذلك هذه الكتابة . وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ويمتنع بالأداء إلى الوارث ، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأنه مكاتب يمتنع بالأداء إلى السيد فيمتنع بالأداء إلى الوارث ، كما في الكتابة الصحيحة ، ولأن الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالأداء ، وفي أن الولد يتبطله فكذلك في هذا .

والثاني : في بطلانها بموت السيد والحجر عليه لفسده . واختلف فيه كالخلاف في بطلانها بموته ، والأولى أنها لا تبطل ها هنا ، لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك ، والمذهب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا

تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق ، وعلى قول من أبطلها لا يعتق .

الثالث : أن مافى يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل فى يده بعد الأداء له دون سيده فى قول القاضى ومذهب الشافعى رضى الله عنه ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة ، وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده فى الموضعين ، لأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل ، والمقد هاهنا فاسد لم يثبت الحكم فى وجوب العوض فى ذمته ، فلم ينتقل الملك فى العوض كسائر المقود الفاسدة ، ولأن المطلب فيها حكم للصفة المجردة ، وهى لا تثبت الملك له فى كسبه فكذا هاهنا ، وفارقت الكتابة الصحيحة ، فإنها تثبت الملك فى العوض فأثبتته فى العوض .

الرابع : هل يتبع المكاتب ولدها ؟ قال أبو الخطاب فيه وجهان :

أحدهما : يقيمها لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة .

والثانى : لا يقيمها وهو أقبس وأصح لما ذكرنا فى الذى قبله ، ولأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص ، وما وجد واحد منهما ، ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم ، فيبقى على الأصل ، والله أعلم .

## كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ماسكة . ولا خلاف في إباحة التسرى ووطء الإمام ، لقول الله تعالى ( وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَاطُونَ . إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ )<sup>(١)</sup> .

وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبي صلى الله عليه وسلم ، وهي أم إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم التي قال فيها « أعتقها »<sup>(٢)</sup> ولدها .

وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام سرية لإبراهيم خليل الرحمن عليه السلام .  
وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد ، أوصى لكل واحدة منهن بأربع مائة .  
وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ؛ ولكن كثير من الصعابة .  
وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد .

وروى أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد فرغب الناس فيهن ، وروى عن سالم بن عبد الله قال : كان لابن ربيعة جارية وكان يريد الخلوة بها ، وكانت امرأته ترصده ، فخلا للبيت فوقع عليها فنذرت<sup>(٣)</sup> به امرأته وقالت : أفعلتها<sup>(٤)</sup> ؟ قال ما فعلت ، قالت : فاقرا إذا ، فقال :

شَهِدْتُ بَأَن وَعَدَ اللَّهُ حَقً وَأَنَّ النَّارَ مَثْوًى الْكَافِرِينَ  
وَأَنَّ الْمَرْشَ فَوْقَ الْمَاءِ طَافٌ وَفَوْقَ الْعَرْشِ رَبُّ الْعَالَمِينَ  
وَتَحْمِلُهُ مَلَائِكَةُ شَدَادٍ مَلَائِكَةُ الْإِلَهِ مُسَوِّمِينَ

قالت أما إذ قرأت<sup>(٥)</sup> فاذهب إذا . فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره قال : فلقد رأيت به بضحك حتى

(١) سورة المؤمنون الآية ٥ ، ٦

(٢) أخرجه ابن ماجة والدارقطني عن ابن عباس . (ف)

(٣) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٨ والشرح الكبير وطبعة النقي ٩ / ٥٢٨ ( فنذرت به امرأته ) بالهدال للهمة والهداب بالهدال للمعجزة . و ( نذرت ) بكسر الدال معناها علمت . (ف)

(٤) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٨ والنقي ٩ / ٥٢٨ ( أفعلتها ) والحداب ( أفعلتها ؟ ) كافي الشرح الكبير ١٢ / ٤٨٨ . (ف)

(٥) هذه الواقعة ذكرها ابن عبد البر في الاستيعاب ج ٣ ص ٩٠١ وذكرها جمع الجواهر ص ٢٨ وشرح

(م) ٥٩٢ - للنقي - ج ١٠

تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك .

٨٨٦٠

(فصل)

فإذا وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بسنة أشهر فصاعداً لحقه نسبه ، وصارت له بذلك أم ولد ، وإن أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، بدليل ما روى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتى بها إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فهم برجمها ، فقال له على رضى الله عنه ليس لك ذلك إن الله يقول ( وَحَمَلَةٌ وَفَصَاءٌ ) ( ١ ) فلا تكون في البطن ستة أشهر ، والرضاع أربعة وعشرون شهراً ، فذلك تمام ما قال الله تعالى ( ٢ ) ( فَلَا تُؤْنَسُ ) فخلا عنها عمر ، وروى عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان !

ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « حصنوا هذه الولائد ، فلا يبطأ رجل وليدته ثم يفكر ولدها إلا ألزمتها لمياه » رواه سعيد وعن ابن عمر قال : قال عمر « أيما رجل غشى أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده » رواه سعيد أيضاً ولأن أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة . وتقول صلى الله عليه وسلم « الولد » للفراش . وإن نفاه سيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعى أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بسنة أشهر فينتفى عنه بذلك . وهل يخاف على ذلك ؟ على وجهين . وقد روى من الحسن قال : إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك . وعن الشعبي أنه كان يقول : ينتفى من ولده إذا كان من أمته متى شاء .

ولنا : قول عمر ، وأنه ولد على فراشه ، فلم يكن له نفيه كولدته من زوجته ، فإن أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لا نعلم فيه خلافاً .

قال إبراهيم : إذا أقر بولده فليس له أن ينتفى منه ، فإن انتفى منه ضرب الحد وألحق به الولد . وقال شريح : الرجل أقر بولده لا سبيل لك أن تنتفى منه ، وكذلك إن هنىء به فسكت أو أمن على الدماء ، لأنه دليل على الرضا به ، فقام مقام الإقرار به .

وإن كان بطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك ، لما روى أبو سعيد أنه قال : يا رسول

== المقائيد ١ طحاوية ص ٢١٦ طبعة القاهرة وص ٢٤٩ طبعة دمشق ولوامع الأنوار البنية ج ١ ص ١٩٢ والأذكياء ص ١٦ غير أنه ذكر آياتاً أخرى . وقد قال ابن عبد البر « رويناه من وجوه صحاح » لكن الذهبي بذل جهده ولم يذكر لها سنداً واحداً غير منقطع ، والفاطمة مختلفة . ( ف )

( ٢ ، ١ ) - سورة الأحقاف الآية ١٥

( ٣ ) أخرجه الشيخان وأبو داود والبيهقي وابن ماجه عن عائشة . ( ف )

الله إنا نصيب للنساء ونحب<sup>(١)</sup> الأثمان ، أفيمزل ههنا ؟ فقال « إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » .  
وعن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « إن لي جارية وأنا  
أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل ، فقال : أعزل عنها إن شئت ، فإنه سيأتيها ما قدر لها . قال : فلبث الرجل  
ثم أتاه فقال : إن الجارية قد حمت ، فقال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها » رواه أبو داود .  
وعن أبي سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إليّ ، يعني ابنه .  
وعن ابن عمر أن عمر قال : ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يمزلونهن ، لأنأني وليدة يسترف سيدها  
أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو أتركوا<sup>(٢)</sup> .  
ولأنها بالوطء صارت فراشاً . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » .  
ولما تنازع عبد بن زمة وسعد في ابن وليدة زمة ، فقال سعد : هو أخي وابن وليدة أبي ولد  
على فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد بن زمة الولد للفراش وللماهر الحجر<sup>(٣)</sup> » متفق  
عليه .

( ١ ) في صحيح البخاري ج ٣ ص ١٠٩ « أخبر أبو سعيد الخدري أنه بينما هو جالس عند النبي صلى الله  
عليه وسلم قال [ رجل ] يا رسول الله إنا نصيب سيئاً فنحب الأثمان فكيف ترى في المزل ؟ فقال : أو أنكم  
تعملون ذلك لا عليكم أن لا تفعلوا ذلك فإنها ليست نسمة كتب الله أن تخرج إلا هي خارجة » ١ هـ من باب  
بيع الرقيق . قال أحمد طلائع ج ٤ ص ١١٠ « إنا نصيب سيئاً : أي نجتمع الإماء للبيات ، فنحب الأثمان : أي  
فنعزل الله عن الفرج وقت الإنزال حتى لا نزل فيه دفعا لحصول الولد للمانع من البيع » . ( ف )

( ٢ ) رواه الشافعي . ( ف )

( ٣ ) أخرجه الشيخان ولفظ مسلم ج ٢ ص ١٠٨٠ « عن عائشة أنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص  
وعبد بن زمة في غلام فقال سعد : هذا . يا رسول الله ابن أخي ، عتبه بن أبي وقاص . عهد إلى أنه ابنه أنظر  
إلى شبهه ، وقال عبد بن زمة : هذا أخي ، يا رسول الله ! ولد على فراش أبي . من ولدته فنظر رسول الله صلى  
الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شهاباً بينما بعته فقال « هو لك يا عبد . الولد للفراش وللماهر الحجر واحتجبي منه  
يا سودة بنت زمة » ١ هـ

قوله « الولد للفراش » معناها إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشاً له ، فلو أنت بولد لمدة الإمكان  
منه لحقه الولد وصار ولداً يجري بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة سواء كان موثقاً له في الشبه أم مخالفاً  
ومدة إمكان كونه منه نسمة أشهر ، من حين أمكن اجتماعهما .

وقوله « للماهر الحجر » إلخ . رأي . له الحجر : أي له الحية ولا حق له في الولد .

ولأنه قد يسبق من لئاء مالا يحس به فيخلق منه الولد .

وقد روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على أن الولد لا يلحق به مع العزل . فروى سعيد حدثنا سفیان عن ابن أبي نجیح عن فقی من أهل المدينة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يعزل عن جارية له ، فجاءت بحمل ، فشق عليه وقال اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم فإن آل عمر ليس بهم خفاء ، فولدت ولداً أسود ، فقال : ممن هو ؟ فقالت : من راعي الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ، وقال حدثنا سفیان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعقب الولد وجلدها الحد وقال : إنما كنت استعطيت نفسك ولا أريدك ، وفي رواية قال : ممن حملت ؟ قالت منك فقال كذبت وما وصل إليك منى ما يكون منه الحمل وما أطوئك إلا أنى استعطيت نفسك . وقال الثوري وأبو حنيفة : لا نصير فراشاً ولا بلعته ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه ، ولدها بعد ذلك ولنا ما ذكرناه . وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها .

### ( فصل )

٨٨٦١

وإن اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج ، فقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه بلعته ولدها ونصير فراشاً بهذا ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضى الله عنه ، ولأنه قد يجامع فيسبق النساء إلى الفرج .

ولا يصح في هذا إن شاء الله تعالى أنها لا نصير بهذا فراشاً ، لأنه ليس بمخصوص عليه ولا هو في معنى المخصوص ، ولا يثبت الحكم إلا بدليل ، ولا ينتقل من الأصل إلا بمقتضى عنه . إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حلت به في ملكه فالولد حر الأصل لا ولاء عليه ، ونصير به الأمة أم ولد .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٨٦٢

قال ﴿ وأحكام أمهات الأولاد أحكام الإمامة في جميع أمورهن إلا أنهن لا يبعن ﴾ .

وجلة ذلك : أن الأمة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء ، وحكمها حكم الإمامة في حل وطئها لسيدها ، واستخدامها ، وملك كسبها ، وتزويجها ، وإجارتها ، وعقبتها ، وتكليفها وحدها ، وعورتها ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك أنه لا يملك إجارتها وتزويجها ، لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإجارتها كالخبرة .

ولنا : أنها ملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإجارتها كالمدبرة ، ولأنها ملوكة تعتق بموت سيدها ، فأشبهت المدبرة . وإنما منع بيعها لأنها استعصمت أن تعتق بموته ، وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والإجارة . ويجهل دليهم بالوقوف والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فليتها تخاف الأمة القن في أنها



تعتق بموت سيدها من رأس المال ، ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما يقلل الملك من الهبة والوقف ، ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ، ولا تورث لأنها تعتق بموت السيد ويؤول الملك عنها . روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء .

وروى عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن ، وإليه ذهب داود . قال سعيد : حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال : بها كما تباع شاتك أو بعيرك ، قال : وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال : خطب عليّ الناس فقال شاورني عمر في أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن اعتقن ، ففرضي به عمر حياته وعثمان حياته ، فلما وليت رأيت أن أرقهن . قال عبيدة : فرأى عمر وعلى في الجماعة أحب إلينا من رأى علي وحده .

وقد روى صالح بن أحمد قال : قلت لأبي إلى أي شيء تذهب في بيع أمهات الأولاد ؟ قال : أكرهه . وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه . وقال في رواية إسحاق بن منصور : لا يبيعني بيعهن ، قال أبو الخطاب : فظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة ، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه . والصحيح أن هذا ليس رواية مخالفة لقوله إنهن لا يبعن ، لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ، ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه وجب حل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ، ولا يجعل ذلك اختلافاً .

ولمن أجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال : « بمنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ، فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فأنهينا » رواه أبو داود . وما كان جائزاً في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر لم يجر نسخه بقول عمر ولا غيره ، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن النص إنما ينسخ بنفس مثله . وأما قول الصعابي فلا ينسخ ولا ينسخ به ، فإن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يتركونها بأقوالهم . وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ، ولو بلغه لم يمهده إلى غيره ، ولأنها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ، ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كالوحدت من أبيه في نكاح أو غيره ، ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه . ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعتقها ثبت لاعتق بها حين وجودها كسائر أسبابه .

وروى عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجمل في سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد : حدثنا سفيان حدثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له ، فقال : إن كان ولادها فاجعلوها في نصيب أولادها .

ولنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيا أمة ولدت<sup>(١)</sup> من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أعتقها ولدها » رواهما ابن ماجه .

وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد<sup>(٢)</sup> ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ، ويستمتع بها سيدها ما بداله ، فإن مات فهي حرة . وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم بدليل قول على كرم الله وجهه : كان رأيي ورأى عمر أن لا تباع أمهات الأولاد ، وقوله : ففضى به عمر حياته وهما حياته ، وقول عبيدة : رأى على كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده .

وروى عكرمة عن ابن عباس : قال عمر رضى الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يظأ جاريته ثم يموت إلا أعتقها ولدها إذا ولدت وإن كان سقطاً .

فإن قيل : فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة على وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم ؟ قلنا : قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة ، فقد روى عبيدة قال : بعث إلى على كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقتضوا كما كنتم تقضون فإني أبغض الاختلاف . وابن عباس قال : ولده أم الولد بمنزلتها ، وهو الراوى لحديث عتق من عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر ، فيدل على موافقته لهم .

ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته . ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ، ورأى للوافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده ، فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره .

(١) عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيا أمة ولدت من سيدها فإنها حرة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته » أخرجه ابن ماجه والحاكم والدارقطنى ولفظ المتن ، رواه أحمد عن ابن عباس ورواه الدارقطنى ج ٤ ص ١٣١ . (ف)

(٢) في سنن الدارقطنى ج ٤ ص ١٣٤ « عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال : لا يبعن ولا يوهبن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً فإذا مات فهي حرة » .

ومنه يؤخذ أن المتن أسقط كلمة [ وقال ] قبل ( لا يبعن ) وكذلك يؤخذ أن كلمة ( ولا يرهن ) محرفة صوابها ( ولا يوهبن ) . (ف)

فإن قيل : فلو كان الاتفاق في بعض المصير إجماعاً حرمت مخالفته ، فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟

قلنا : الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون ، وهذا من للظنون ، فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ، ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة ، كذا هاهنا .

فأما قول جابر : بعنا أمهات الأولاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ، فليس فيه تصريح بأنه كان يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا علم أبي بكر ، فيكون ذلك واقماً من فعلهم على انفرادهم ، فلا يكون فيه حجة ، ويتمين حمل الأمر على هذا ، لأنه لو كان هذا واقماً بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وأقرأ عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتها . ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينسبهم عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتها ويحرمون ما أحلها من هذا ؟ ولأنه لو كان ذلك واقماً بعلمهما لاحتج به على حين رأيهم ، بيمين واحتج به كل من وافقه على بيعهم ولم يجر شيء من هذا ، فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذاً حجة ، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد في النكاح لا في الملك .

(فصل)

٨٨٦٣

ومن أجاز بيع أم الولد ، فعلى قوله إن لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه ، وإن لم يبق شيء فلا شيء له . وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة ، إلا على قول من قال : إنه إذا ورث سهماً ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقته .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٦٤

قال : ﴿ وإذا أصاب الأمة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملاً عتق الجنين وكان له بيعها ﴾ .

وجملته : أنه إذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبلها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصر أم ولد له بذلك سواء ملكها حاملاً فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه ، لأنها علفت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق . وإنما خولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ، فبقيا عداه يبقى على الأصل .

ونقل القاضي ابن أبي موسى عن أحمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد في الحالين ، وهو قول الحسن وأبي حنيفة ، لأنها أم ولده وهو مالك لها ، فثبت لها حكم الاستيلاد كالو حلت في ملكه ، ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما إذا ملكها بعد ولادتها ، إنما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال : لا أقول فيها شيئاً وصرح في رواية جماعة سواء يجوز بيعها فقال : لا أرى بأساً أن يبيعهما ، إنما الحسن وحده قال : إنه أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون : لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، فإن عبيدة السلماني يقول : يبيعها ، وشریح وإبراهيم وعاصم والشعبي .

وأما إذا ملكها حاملاً فظاهر كلام أحمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد ، وهو مذهب مالك رضى الله عنه ، لأنها ولدت منه في ملكه ، فأشبه ما لو أحبلها في ملكه ، وقد صرح أحمد رضى الله عنه في رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حلاً . وروى عنه ابنه صالح قال : سألت أبي عن الرجل ينسكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها ، قال : لا تكون أم ولده ، قلت : فإن استبرأها وهي حامل منه ، قال : إذا كان الوطاء يزيد في الولد وكان يطأها بعد ما اشتراها وهي حامل منه كانت أم ولده . قال ابن حامد : إن وطئها في ابتداء حملها أو توسطه كانت بذلك أم ولده ، لأن الماء يزيد في سمع الولد وبصره .

وقال القاضي : إن ملكها حاملاً فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولده ، وإن وطئها حال حملها نظرنا ، فإن كان بعد أن كل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر به أم ولد ، وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد ، لأن عمر رضى الله عنه قال : أبعد ما اختلطت<sup>(١)</sup> دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بمتموهن ؟ فعلى بالخاطلة ، والخاطلة هاهنا حاصلة ، لأن الماء يزيد في الولد ، ولأن الحرية البعض أنراً في تحرير الجميع ، بدليل ما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد .

وقال أبو الخطاب : إن وطئها بعد الشراء فهي أم ولد . وكلام الخرق يقتضى أنها لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه في ملكه ، وهو الذى نص عليه أحمد رضى الله عنه في رواية إسحاق بن منصور فقال :

(١) أخرج عبد الرزاق في رواية له عن عمر بن ذر قال : « حدثني محمد بن عبيد الله الثقفي أن أبانا اشترى جارية بأربعة آلاف قد أسقطت لرجل سقطاً ، فسمع عمر بن الخطاب بذلك ، فأرسل إليه وكان صديقاً له فلامه لوماً عديداً وقال : والله إن كنت لأنزحك عن هذا أو مثل هذا ، وأقبل على الرجل ضرباً بالدرّة وقال : الآن حين اختلطت لحومكم ولحومهن ودماؤكم ودماؤهن تبيعونهن تأكلون أعنانهن قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها . ارددها ، قال : فرددتها وأدركت من مالى ثلاثة آلاف درهم » تلخيص الجبير ج ٣ ص ٢٣٤ . (ف)

لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا ، لأنها لم تعلق منه بحر ، فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كالأولاد بها . ثم اشتراها .

يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده ، فلأن لا يقيدها الحرية أولى . ويفارق هذا ما إذا حملت منه في ملكه ، فإن الولد حر فيتعبر بغيره . وما ذكره من زيادة الولد بالوطء غير متيقن ، فإن هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل أنه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ، ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة ، بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه أو من غيره فوطئها لم تصر أم ولد ؛ وإن زاد الولد به ، ولأن حكم الاستيلاد إنما يثبت بالإجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه ، وليس فيه نص ولا إجماع ، فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على ما كان عليه .

## (فصل)

٨٨٦٥

قال أحمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها ، فإن الولد لا يلعن بالمشتري ولا يبيعه ، ولكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد في الولد .

وقد روى عن أبي الرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه مر بامرأة مجحج<sup>(١)</sup> على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم<sup>(٢)</sup> بها ؟ . قالوا : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه في قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ أم كيف يستخدمه<sup>(٣)</sup> وهو لا يحل له ؟ » رواه أبو داود ، يعني إن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له ، لأنه ليس بولده ، فإن اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له ، لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

## (فصل)

٨٨٦٦

وإذا وطئ الرجل جارية ولده ، فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تملقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته ، والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء . وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما ، لأن الله تعالى قال : ( وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ . فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ )<sup>(٤)</sup> وهذه ليست زوجا له ولا ملك يمينه .

(١) الحديث رواه أبو داود ج ١ ص ٤٩٧ « مجحج » بضم الجيم وكسر الهمزة بعدها حاء مهملة مشددة : حامل قاربت الولادة ، وقد ذكرت مجحج بتقديم الحاء على الجيم خطأ هنا في ج ٨ ص ١٥٢ (ف)

(٢) يلم بها : يطؤها . (ف)

(٣) في رواية أبي داود الطيالسي ( وكيف يسترقه وهو لا يحل له ) . (ف) (٤) سورة المؤمنون الآية ٥ - ٧

(م ٦٠ - الق ١٠ - ج ١٠)

فإن قيل : فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام للملك والاستحقاق ، فدل على أنه ملكه .

قلنا : لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك ، بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك ، وأضاف إليه ماله في حالة إضافته إلى الولد ، ولا يكون الشيء مملوكاً للمالكين حقيقة في حال واحدة ، وقد ثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمامه ، والتصرف في ماله ، وصحة بيعه وهبته وعقته ، ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له ، ولو كان ماله لاختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ، ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد ييسر ابنه ، فعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد الفجوز بتشبيهه بماله في بعض الأحكام .

إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة ، لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدراً الحد ، فإن الحدود تدراً بالشبهات ولكن يعزى ، لأنه وطئ جارية لا يملكها وطئاً محرماً ، فكان عليه التمييز كوطء الجارية المشتركة . وفيه وجه آخر لا يعزى عليه ، لأن مال ولده كاله ، ولا يصح ، لأن ماله مباح له غير ملوم عليه ، وهذا الوطء هو عادٍ فيه مَلُومٌ عليه ، وإن علقته منه فالولد حر لأنه من وطء درى فيه الحد لشبهة الملك ، وكان حراً كولد الجارية المشتركة ، ولا تلزمه قيمته ، لأن الجارية تصير مملوكاً بالوطء فيحصل علقها بالولد وهي ملك له ، وتصير أم ولده تمتق بموته وتنقل إلى مملوكه ، فيحصل له وطؤها بعد ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر : لا تصير أم ولده ولا يملكها ، لأنه استولدها في غير مملوكه فأشبهه الأجنبي ، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته ، وهذه ليست مملوكه له ولا في معنى مملوكته ، فإنها محرمة عليه ، فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على الأصل ، ولأن الوطء المحرم لا ينفى أن يسكون سبباً للملك الذى هو نعمة وكرامة ، لأنه ينفى إلى تماطى المحرمات .

ولنا : أنها علقته منه بحر لا أجل الملك ، فصارت أم ولده كالجارية المشتركة ، وفارق وطء الأجنبي في هذا . إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها .

وقال أبو حنيفة : لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها ، لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه ما لو قتلها ، وإنما لم يلزمه مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها ، فلم يضمه ثانياً ، كالقطة يدها فسرى القطع إلى نفسها ، فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد .

وقال الشافعي : يلزمه مهرها لأنه وطئ جارية غيره وطئاً محرماً فلزمه مهرها كالأجنبي ، وتلزمه قيمتها على القول بسكونها أم ولد ، كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت »<sup>(١)</sup> ومالك لأبيك » ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكته ، ولأنه وطء صارت به اللوطوة أم أولد لأمر لا يختص ببعضها ، فأشبهه استيلاء مملوكته .

## (فصل)

٨٨٦٧

فإن كان الولد قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها ، فقد روى عن أحمد رضى الله عنه فيمن وقع على جارية ابنة إن كان الأب قابضاً لها ولم يسكن الإبن وطئها فهي أم ولده وليس للإبن فيها شيء .

قال القاضي : فظاهر هذا أن الإبن إن كان قد وطئها لم تصير أم ولد للأب باستيلائها ، لأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنة لها ، ولا تحمل له بحال ، فأشبهه وطء الأجنبية ، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته . فأما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاء من غير أن تحمل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنة ، فإنها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأييد فكذلك هاهنا ، وذلك لأنه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك ، فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الإبن .

## (فصل)

٨٨٦٨

وإن وطئ الإبن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ، ولا تصير أم ولد له ، ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده ، لأنه ابن ابنة إذا قلنا إن ولده من الزنا يعتق على أبيه ، وتحرم الجارية على الأب على التأييد ، ولا تجب بسبب قيمتها على الإبن ، لأنه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع ، فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه ، لأنه وطء صادف ملكاً وتصير أم ولد له ، لأنه استولد مملوكته ، فأشبه ما لو وطئ أمته للرhone .

## (فصل)

٨٨٦٩

وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرماً ولا حد عليه ، لأنها مملوكته ويعزر ، قال أحمد رضى الله عنه : يجلد ولا يرجم ، يعنى أنه يعزر بالجلد ، لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصناً ، فإن أولدها صارت أم ولده ، لأنه استولد مملوكته ، وتعتق بموته ، وولده حر ، وما ولدت بعد ذلك من الزوج فخسه حكم أمه .

## (فصل)

٨٨٧٠

ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحمل له وطؤها ، فإن وطئها فلا حد عليه في أصح

(١) أخرجه ابن ماجه عن جابر . (ف)

الروايتين ، لأنها مملوكته ويعزر ، فإن ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده . وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها ، أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ، ويلحقه نسب ولده ، وتصير أم ولده له تعتق بموته لما ذكرنا ، وكذلك لو وطئ أمته الموهونة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها ، صارت له بذلك أم ولد ، وخرجت من الرهن والمضاربة ، وعليه قيمتها للمرهن تجمل مكانها رهناً أو توفية<sup>(١)</sup> عن دين الرهن ، وتفسخ المضاربة فيها . وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة ، والله أعلم .

### ﴿ مسألة ﴾

٨٨٧١

قال ﴿ وإذا علفت منه بحر في ملكه فوضعت به من ما يستهين فيه خلق الإنسان كانت له بذلك أم ولد ﴾ .

ذكر الخرق لمصيرها أم ولد شروطاً ثلاثة :

أحدها : أن تعلق منه بحر ، فأما إن علفت منه بملوك ، وبصور ذلك في اللك في موضعين :

أحدهما : في العبد إذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك ، فإنه إذا وطئ أمته واستولدها فولده مملوك ، ولا تصير الأمة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاء بذلك ، وسواء أذن له سيده في التسرّي بها أو لم يأذن له .

والثاني : إذا استولد المكاتب أمته فإن ولده مملوك له ، وأما الأمة : فإنه لا يثبت لها أحكام أم الولد في المتق بموته في الحال ، لأن المكاتب ليس بحر ، وولده منها ليس بحر ، فأولى أن لا تتحرر هي ، ومق عجز المكاتب وعاد إلى الرق ، أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة فن كأمة العبد القن ، وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ، ذكر القاضي في موضع : أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاء ولا تصير أم ولد بحال ، وهذا أحد قولي الشافعي ، لأنها علفت بملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاء كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل لللك فيها ، فإن علق صارت له أم ولد تعتق بموته ، فيثبت لها من حرمة الاستيلاء ما يثبت لولدها من حرمة الحرية ، وقد نص أحمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرق يحتمل الوجهين جميعاً .

للشرط الثاني : أن تعلق منه في ملكه ، سواء كان من وطئ مباح أم محرم مثل الوطء في الخيض أو النفاس أو الصوم أو الإحرام أو الظهار أو غيره ، فأما إن علفت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد ،

(١) (أو توفية عن دين الرهن) هكذا في نسخ ثلثي وفي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٠٠ (أو يوفيه عن دين الرهن) .



سواء علفت منه بمملوك ، مثل أن يطأها في ملك غيره بفسكاح أو زنا ، أو علفت بحر ، مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة ، وتزوجها على أنها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستعنة ، فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال . وفيه وجه آخر أنه إن ملكها بعد ذلك صارت أم ولد ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسألة التي قبل هذه ، والمقصود بذلك هذه الشروط هاهنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفاؤها فيذكر في مسائل مفردة لها .

**الشرط الثالث :** أن تضع ما يقين فيه شيء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تخيط ، سواء وضعته حياً أو ميتاً ، وسواء أسقطته أو كان تاماً ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطاً ، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال : أعتقها ولدها وإن كان ولدها سقطاً . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله أم الولد إذا أسقطت لا تعتق ؟ فقال إذا تبين فيه يد أو رجل أو شيء من خلقه فقد عتقت ، وهذا قول الحسن والشافعي . وقال الشعبي : إذا تلبث في الخلق الرابع فكان مطلقاً انتقضت به عدة الحرة وأعتقت به الأمة ولا أعلم في هذا خلافاً بين من قال بثبوت حكم الاستيلاء ، فأما إن ألفت نطفة أو علقه لم يثبت به شيء من أحكام الولادة ، لأن ذلك ليس بولد .

وروى يوسف بن موسى أن أبا عبد الله قيل له ، ما تقول في الأمة إذا ألفت مضغة أو علقه ؟ قال : تعتق ، وهذا قول إبراهيم النخعي ، وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق آدمي ، فشهدت ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية تماثل بها الأحكام ، لأنهم اطمأن على الصورة التي خفيت على غيرهن ، وإن لم يشهدوا بذلك لم يكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي إما بشهادتهم أو غير ذلك ففيه روايتان :

أحدهما : لا تصير به الأمة أم ولد ، ولا تنقضي به عدة الحرة ، ولا يجب على المضارب التلف له للفترة ولا الكفارة ، وهذا ظاهر كلام الطرقي والشافعي ، وظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد رضي الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يقين شيء فيه خلق الإنسان ، لأنه<sup>(١)</sup> لم يبين فيه شيء من خلق آدمي أشبه النطفة والعلقة .

**والثانية :** تتعلق به الأحكام الأربعة ، لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه إذا تبين ، وخرج أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة ، وهو أن الأمة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ، لأنه روى عن أحمد رضي الله عنه في الأمة إذا وضعت فسمته القوابل فلعن أنه لم ولم يقين للحدثان في المدة بأخرى ويحتاج ، يعتق الأمة . وظاهر هذا أنه حكم بعنق الأمة ولم يحكم بانتضاء المدة ، لأن عتق الأمة يحصل بالحرة

(١) (لأنه لم يبين فيه شيء من خلق آدمي أشبه النطفة والعلقة) هكذا في نسخ النسخ والمثل الأصل (لأنه

[ إذا ] لم يبين الخ) فسقطت (إذا) .

فاحتيط بتحصيلها ، والمدة يتعلق بها تحريم الزوج وحرمة الفرج ، فاحتيط بإبقائها . وقال بعض الشافعية بالمكس لا نجب المدة ولا تصير الأمة أم ولد ، لأن الأصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح ، لأن المدة كانت ثابتة والأصل بقاءها على ما كانت عليه ، والأصل في الأدنى الحرية فتغلب ما يفضى إليها والله أعلم .

## ﴿ مسألة ﴾

٨٨٧٢

قال : ﴿ فإذا مات فقد صارت حرة وإن لم يملك غيرها ﴾ .

يعنى أن أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها ، وهذا قول كل من رأى عتقهن ، لأنهم بينهم فيه خلافاً ، وسواء ولدت في الصحة أو المرض ، لأنه حاصل بالتزاده وشهوته ، وما يتلفه في لذاته وشهوته يستوى فيه حال الصحة والمرض كالذى يأكله ويلبسه ، ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوى فيه المرض والصحة ، كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم في هذا خلافاً بين من رأى عتقهن .

قال سعيد : حدثنا سفوان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال : أدرك ابن عمر رجلاً فقال : إنا تركنا هذا الرجل ، يبيع أمهات الأولاد ، يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر : أنعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى في أمهات الأولاد أن لا يُبَيَّنَ ولا يُوهَبَنَّ بِسَمْعِهَا ، فإذا مات فهي حرة .

وقال : حدثنا غوث عن حبيب عن مكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضي الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يطاء جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقفاً .

## ( فصل )

٨٨٧٣

ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر في هذا في قول أئمة أهل الفتوى من أهل الأمصار ، لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ، ولحمها بلحمه ، فإذا استويا في النسب استويا في حكمه .

وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في أم الولد إن أسلمت وأحصنت وعنت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت ، وقال : حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام ، فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، وكتب عمر ييموها أي يبيعها أحد من أهل دينها . وإذا كان مبيع عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضي الله عنه ، وأدقل هذا القول ، فينبغي أن يخص العتق بالأسلمة للعفيفة دون الكافرة الفاجرة ، لا تنفاه الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم .

قال : ﴿ وإذا صارت الامة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها ﴾ .

وجملته : أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها من زوج أو غيره ، فحكم ولدها حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ، ويمتنع فيه ما يمتنع فيها .

قال أحمد رضي الله عنه : قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما : ولدها بمنزلتها ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاء ، إلا أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال : هم عبيد ، فيعتق أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم ، لأن الاستيلاء يخص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة . ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة ، لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتب والمذبرة ، بل ولد أم الولد أولى ، لأن سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فإن ماتت أم الولد قبل سيدها [ لم تبطل <sup>(١)</sup> حكم الاستيلاء في الولد ، وتعتق بموت سيدها ، لأن السبب لم يبطل ، وإنما ثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلاً ] وكذلك ولد المذبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتب إذا ماتت فإنه يمود رقيقاً ، لأن العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه ، وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم .

وإن أعتق السيد أم الولد أو المذبرة لم يعتق ولدها ، لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ، ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده ، وكذلك إن أعتق ولدها لم يعتق بعتقه ، وإن أعتق المكاتب فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتب إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها ، وأم الولد والمذبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد . فظاهر هذا أن ولد المكاتب يتبعها في العتق بإعتاق سيدها ، لأنه في حكم مالها يستحق كسبه ، فيتبعها إذا أعتقها كمالها ، ولأن إعتاقها بمنع أدائها بسبب من السيد ، فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة .

(١) في نسخ المتن ( لم تبطل حكم الاستيلاء في لولده وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما ثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلاً ) هكذا في النسخ والصواب ( لم يبطل حكم الاستيلاء في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما ثبت الحرية فيها لأنها لم تبق محلاً ) كما في الترحم الكبير ج ١٢ ص ٥٠٦ ومنه يبين ما في المتن من تحريف ، نقول المتن ( لم تبطل حكمه ) . جوابه ( لم يبطل ) ونقوله ( ثبت الحرية ) صوابه ( لم ثبت الحرية ) ونقوله ( لم يبق محلاً ) صوابه لم يبق (علا) . (ف)

٨٨٧٥

(فصل)

فأما ولد أم الولد قبل استيلائها وولد المدبرة قبل تدبيرها ، والمكانة قبل كتابتها ، فلا يقيمها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها ، وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ، ولهذا لا يقيمها في العتق المنجز ، ففي السبب أولى ، وذکر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين ، فيخرج ما هنا مثله ، وهو بعيد ، لأن الولد المنفصل لا يقيمها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير ؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله .

٨٨٧٦

(مسألة)

قال ( وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطنها والتلذذ بها ، وأجبر على نفقتها ، فإذا أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت ) .

وجملة ذلك : أن الكافر يصبح منه الاستيلاء لأتمته كما يصبح منه عتقها ، وإذا استوفى الذي أتمته ثم أسلمت لم تمتق في الحال ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : تمتق إذا لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالأمة للقرن . وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنها تستمسى ، فإن أدت عتقت ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن فيه جمعاً بين الحقين ، حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها ، وحقه في حصول عوض ماسكها ، فأشبه بيدها إذا لم تكن أم ولد .

ولنا : أنه إسلام مراءى على ملك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كامد للقرن ، وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها وبقاؤها ضرر ، فإن في عتقها مجاناً إضراراً بالملك بإزالة ملكه بغير عوض ، وفي الاستسماة إلزام لها بالسكسب بنهر رضاها وتضييع لحقه ، لأن فيه إحالة على سعاية لا تدرى هل يحصل منها شيء أو لا ؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيراً في أوقات متفرقة ، وجوده قريب من عدمه ، والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ، ويمنع من وطنها والتلذذ بها كي لا يطأها ويتلذذها وهو مشرك ، ويحال بينه وبينها ، ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى إلى الوطء المحرم ، ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكة ، ومنعه من وطنها بغير معصية منها ، فأشبهت الحائض والمريضة ، وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت إلى أجر أو أجر مملوك فلي سيدها .

وذکر القاضي أن نفقتها في كسبها ، وما فضل من كسبها فهو لسيدها ، وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعي .

والصحيح أن نفقتها على سيدها ، وكسبها له يصنع به ما شاء ، وعليه نفقتها على التمام ، سواء كان لها

كسب أو لم يكن ، لأنها مملوكة له ، ولم يجز بينهما عتد بسقط نفقتها ولا يملك به كسبها ، فأشبهت أمة القن ، أو ما قبل إسلامها ، ولأن الملك سبب لمـنـيـن الحـكـمـين ، والحادث منهما لا يصلح مانعاً ، لأن الاستيلاء لا يمنع منهما بدليل ما قبل إسلامها ، والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع ، لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى للنصوص عليه ، ولأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضيعها ، ولأنه يملك فاضل كسبها ، فيلزمه فضل نفقتها كسائر ممالئها .

٨٨٧٧

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها ﴾ .  
إنما كان كذلك لأن أم الولد أمة ، وكسبها لسيدها ، وسائر ما في يدها له ، فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها إلى ورثته كسائر ماله ، وكافي بد المديرة ، وتخالف المسكانية ، فإن كسبها في حياة سيدها لها ، فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق .

٨٨٧٨

﴿ مسألة ﴾

قال ( ولو أوصى لها بما في يدها كان لها إذا احتمله الثلث ) .  
وجلته : أن الوصية لأم الولد تصح ، فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاء ، وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

وقد روى الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن أن عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، ولأن أم الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها ، لأن عتقها يتجزأ بموته فلا تقع الوصية لها إلا في حال حررتها ، وأما قوله : إذا احتمله الثلث ، فلأن الوصية كلها لا تلزم إلا في الثلث فادون ، وهذا منها ، وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز وإلا رد إلى الورثة ولا تعتبر قيمة أم الولد من الثلث ، لأنها تعتق من رأس المال ، فلا تحسب من الثلث كقضاء الديون وأداء الواجبات .

٨٨٧٩

﴿ فصل ﴾

وإن أوصى لمديره أو مدبرته وصحت الوصية أيضاً ، إلا أنه تعتبر قيمته وما أوصى به من الثلث ، لأن التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية . فإن خرجا من الثلث سق ، وكان ما أوصى به له وصحت الوصية لأنها وقعت في حال حرته ، فأشبهت الوصية لأم ولده ، وإن لم يخرجها من الثلث اعتبرته قيمته من الثلث

فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال ، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له ، وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويوقف مازاد على إجازة الورثة .

(مسألة)

٨٨٨٠

قال ( وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة ) .

إذ كان كذلك لأن الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان بطاؤها ، فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته ، وإنما سمي الخرق هذا عدة لأن الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح ، وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسألة في العدد والخلاف فيها على ما مضى .

(مسألة)

٨٨٨١

قال ( وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها ) .

وجملته : أن أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنايتها برقيتها ، وعلى السيد أن يفديها بأقل الأصمين من قيمتها أو دونها . وبهذا قال الشافعي . وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت ، لأنه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن . وقال أبو ثور وأهل الظاهر : ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها في ذمتها تقبض بها إذا عتقت ، لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة .

ولنا : أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها ، فلزمه أرش جنايتها كالقن لأن لزمه زيادة على قيمتها ، لأنه لم يمنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبقى محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها ، وفارقت القن إذا لم يسلمها ، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزيد أكثر من قيمتها ، فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكاله ، وفي مسائلنا لا يحتمل ذلك فيها ، فإن بيعها غير جائز ، فلم يكن عليه أكثر من قيمتها .

(فصل)

٨٨٨٢

وإذا ماتت قبل فداؤها فلا شيء على سيدها ، لأنه لم يتعلق بذمتها شيء ، وإنما تعلق برقيتها ، فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وإن نقصت قيمتها قبل فداؤها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ، لأنه لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها ، لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق للقن . وينبغي أن تحسب قيمتها بمعية بيع الاستيلاء ، لأن ذلك نقصها ، فاعتبر كالرخص وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فداؤها ، وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد ، فيجب أن ينقص فداؤها ، وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد ، والحكم في الدبرة كالحكم في أم

الولد ، إلا أنها يجوز بيعها في رواية ، فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها ، وإن امتنع منه فهل يفديها بأقل الأسرين أو يلزمه أرش الجنابة بالغاً ما بلغ ؟ يخرج على روايتين .

( فصل )

٨٨٨٣

وإن كسبت بعد جنابتها شيئاً فهو لسيدها ، لأن الملك ثابت له دون الجنى عليه ، وإن ولدت فهو لسيدها أيضاً لأنه منفصل عنها فأشبهه بالكسب . وإن فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملاً ، لأن الولد متصل بها فأشبهه سمنها ، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه أتلف حق غيره ، فأشبهه مالو أتلف الرهن . وإن نقصها فعليه نقصها ، لأنه لما ضمن المين ضمن أجزاءها ، والله أعلم .

( مسألة )

٨٨٨٤

قال : ( فإن عادت فحنت فداها كما وصفت ) .

وجملته : أن أم الولد إذا حنت جناباتها لم تخل من أن تكون الجنابات كلها قبل فداء شيء منها أو بعده فإن كانت قبل الفداء تعلق أرش الجميع برقبته ، ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها ، وعليه الأقل منهما ، وبشترك الجنى عليهم في الواجب لهم ، فإن وفي بها وإلا تحاصوا فيه بقدر أروش جناباتهم ، وإن كان الثاني بعد فدائها من الأولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الأولى .

وقال أبو الخطاب عن أحمد رضي الله عنه رواية ثانية : إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك ، لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كالأولى لم يكن فداها .

وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قوليه : لا يضمها ثانياً ، وبشراك الثاني الأول فيما أخذه كالأول كانت الجنابات قبل فدائها .

ولنا : أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنابته أخذه بحق فلم يجوز أن يشاركه غيره فيه كأرش جنابة الحر أو الرقيق للفقن ، وفارق ما قبل الفداء ، لأن أرش الجنابات تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كالأول كانت الجنابات على واحد .

( فصل )

٨٨٨٥

فإن أبرا بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقيين إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت الجنابة المفقودة عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٨٦

قال : ﴿ ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة ﴾ .

أما الوصية لها فقد ذكرناها ، وأما الوصية إليها فجائزة ، لأنها في حال نفوذ الوصية حرة ، فأشبهت

زوجته أو غيرها من النساء ، ويعتبر لصحة الوصية إليها ما يعتد في غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط ، وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم ، أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو إرضاء وصيته أو غير ذلك .

٨٨٨٧

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وله تزويجها وإن كرهت ﴾ .

وجملته : أن للرجل تزويج أم ولده ، أحب ذلك أم كرهت . وبهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار للزنى . وقال في القديم : ليس له تزويجها إلا برضاها ، لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالكتابة . وقال في الثالث : ليس له تزويجها وإن رضيت ، لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تسكن فلم يملك تزويجها كاليتيمة . وهل يزويجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه قيل له : إن مالكا لا يرى تزويجها ، فقال وما نصنع بملك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان : إذا وادت من غيره كان لولدها حكمها .

ولنا : أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالفن ، وفارقت الكتابة فإنه لا يملك ذلك منها . والقول الثالث : فاسد لذلك ، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه ، وقولهم : يزويجها الحاكم لا يصح ، فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو غضله ولم يوجد واحد منها . إذا ثبت هذا فإنه إذا تزوجها فالمر له ، لأنه بمنزلة كسبها ، وكسبها له ، وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبداً فلها الخيار ، ولأنها عتقت تحت عبد ، وإن كان حراً فلا خيار لها .

٨٨٨٨

﴿ مسألة ﴾

قال : ( ولا حد على من قذفها ) .

هذا قول أكثر أهل العلم . وقد روى عن أحمد رضي الله عنه أنه عليه الحد ، لأن ذلك يروى من ابن عمر ، ولأن قذفها قذف لولدها الحر . وفيها معنى بمنع بيعها ، أشبهت الحرية ، والأول أصح ، لأنها أمة حكمها حكم الإمام في أكثر أحكامها ، ففي الحد أولى ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويحتمل لإسقاطها ، ولأنها أمة تعتق بالموت أشبهت المدبرة ، وتنفق الحرية فإنها كاملة .

٨٨٨٩

( فصل )

ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها لدم السكافة ، وإن كان القتال لها رقيقاً وجب القصاص عليه .



لأنها أكل منه ، وإن جنت على عبد أو أمة جنابة فيها القصاص لزما القصاص ، لأنها أمة ، أحكامها ، أحكام الإمام ، واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمذبة . . .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٩٠

قال ( وإن صلت مكشوفة الرأس كره لما ذلك وأجزأها ) .

إنما كره لما كشف رأسها في صلاتها لأنها قد أخذت شبهاً من الحرائر لامتناع بيعها ، وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن أم الولد كيف تصلى : قال . تغطي رأسها وقدميها لأنها لا تباع ، وكان الحسن يحب للأمة إذا عهدها سيدها - بمعنى وطئها - أن لا تصلى إلا مجتمعة ، وإن صلت مكشوفة الرأس أجزأها لأنها أمة حكمها حكم الإمام . قال إبراهيم : تصلى أم الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة ، وقد روى عن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أن عورتها عورة الحرة ، وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح ، أن حكمها حكم الإمام ، وإنما خالفن في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها ، وهذا لا يوجب تغير الحكم في عورتها كالمذبة ، ولأن الأصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا ما في معناه ، فيبقى الحكم على ما كان عليه .

﴿ مسألة ﴾

٨٨٩١

قال ( وإذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها ) .

وجملته : أن أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت ، لأنها لا يمكن نقل الملك فيها ، وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها ، وعليها قيمة نفسها إن لم يجب القصاص عليها ، وهذا قول أبي يوسف ، وقال الشافعي : عليها الدية ، لأنها تصير حرة ، ولذلك لزما موجب جنابتها والواجب على الحر بقتل الحر دية .

ولنا : أنها جنابة من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها ، كما لو جنت على أجنبي ، ولأن اعتبار الجنابة في حق الجاني بحال الجنابة بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده وهى في حال الجنابة أمة ، فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجنابة ، فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره ، ولأنها ناقصة بالرق أشبهت للفقهاء ، وتفارق الحر فإنه جنس وهو كامل ، وإنما تعاق موجب الجنابة بها ، لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها ، فأشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه ، وأما إن قتلت سيدها عدواً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها ، وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها ، لأنها لو وجب لوجب لولدها ، ولا يجب للولد على أمه قصاص ، وقد توقف أحمد رضى الله عنه عن هذه

المسألة في رواية مهنا ، وقال : دعنا من هذه المسائل ، وقياس مذهبه ما ذكرناه . وإن كان لها منه ولد وله

أولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضاً ، لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط

كله ، وقد نقل مهنا عن أحمد رضي الله عنه : أنه يقتلها أولاده من غيرها . ١٢٨ م .

وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه ، والصحيح أنه لا قصاص عليها ،

ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها ، كالأحرار بمقتضى مستحق .

القصاص من حقه منه ، والله أعلم ، والحمد لله وحده ،

وصلى الله على محمد

وعلى آله وصحبه وسلم .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

١٢٨ م

( ١٢٨ م )

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

والله أعلم بالصواب .

## ختم

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ، وبكائه مزيده ، الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات ، اللهم لا أحمي ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك ، يا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك .

اللهم صل على محمد وعلى أهل بيته ، وعلى أزواجه وذريته ، كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد ، وبارك على محمد وعلى أهل بيته ، وعلى أزواجه وذريته ، كما باركت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد<sup>(١)</sup> .  
أما بعد :

فقد تم — بتوفيق الله وعونه — طبع كتاب المغنى لابن قدامة ، في ثوب قشيب وصورة جذابة ، وجزى الله خيراً الحاج علي يوسف سليمان صاحب مكتبة القاهرة ، على اهتمامه بنشر هذا الكتاب الجامع ، وعلى ما نشره وينشره في العالم الإسلامي من كتب نافعة ، تملأ بهزاد مبارك ، وتصل حاضره بماضيه ، وتعرفه فضل الإسلام ومزاياه .

ولقد عشت مع المغنى في أجزائه الخمسة الأخيرة ، وبشهادة الله أني سمعت القبايلي والأيام في تحقيق نصوصه وتخرج أحاديثه ، والتعليق عليه .

وقد كنت أود لو أن زميل في الأجزاء التي اشتركنا في تحقيقها أنفق من وقته أكثر مما أنفق ، وحافظ على تعليقاتي ، واعدني بالتصحيح المطبوع ليخرج الكتاب على صورة أركل وأجل ، ولسكن ما كل ما يمتني المرء بدركه ، فقد وقعت فيه بعض أخطاء مطبعية يمكن للقارئ بفطنته أن يدركها ، وأخطاء أخرى ينبغي تداركها .

وللا نصاب نقول : إنه لم يطبع كتاب المغنى — قبل — إلا ومعه جدول لتصحيح الأخطاء ، والمصحة لله وحده ، فهو سبحانه الذي يقنزه عن الخطأ والسهو والنسيان .

ولا يجوز على الرغم من هذا — أن نحمد أن الكتاب على صورته ، قدّم أعظم خدمة للعالم الإسلامي ، ولرجال الفقه والقانون ، ولعلماء الإسلام على اختلاف مذاهبهم ، فهو يعد موسوعة فقهية ، وسرجماً موثقاً به ، وهو يفي عن كثير من الكتب ، ولا يفي الكثير عنه .

ولقد أكرمني الله بأن وفقني في تحقيق الأجزاء الخمسة الأخيرة بما يسر الانتفاع بها ، وساعدني على ذلك هذه العزلة ، التي اضطررت فيها إلى مباشرة الأمور الأحياء ، فابثت في المنزل — مضطراً — أذاب البظرف في مكتبتني العامرة ، وأقتنص منها الدرر الفاخرة ، متمثلاً قول الشاعر :

(١) أخرجه أحمد والطحاوي بسند صحيح . (ف)

لنا جلساء لا نعمل حديثهم      الباء مأمونون غيباً ومشهداً  
 يفيدوننا من علمهم علم ماضى      وعقلاً وتأديكاً ورأيك مسدداً  
 فلا فتنة نخشى ولا سوء عشرة      ولا نتقى منهم لساناً ولا يداً  
 إذا قلت أموات فلست بكاذب      وإن قلت أحياء فلست مقنناً

وختماً نسأل الله تعالى أن يوفقنا على الدوام ، نلحمة شريعة الإسلام ، وأن يتولانا برعايته ، ويشملنا  
 بمنايته ،

كما نسأله أن ينصر الإسلام والمسلمين ، ويخذل أعداء الدين ، إنه سميع مجيب الدعاء .

الأحد ١٤ محرم سنة ١٣٩٠ هـ      محمود عبد الوهاب مبروك فابد  
 ٢٢ مارس سنة ١٩٧٠ م      ١٣ شارع جمال حدائق شبرا مصر

- ٤١ -

( تنبيه ) نوجه نظر القارئ إلى أن « باب الحضارة » المنشور في هذا الجزء من ص ١١٧ إلى ص ١٢٧  
 نقل من كتاب الشرح الكبير ، طبع كما طبع في الطبقات السابقة لزيادة الاستفادة .

# فهرس

الجزء العاشر

من المفن

نستهم

شعبان و جمادى

و قعدة

صفحة	الموضوع
٣	(كتاب النذور)
٣	فصل نهى الرسول ﷺ عن النذر
٣	مسألة من نذر أن يطيع الله عز وجل ، ومن نذر أن يعصيه
٩	مسألة ومن نذر أن يتصدق بماله كله
١١	ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيقه
١٢	وإذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً
١٣	فمن نذر لأتى إلى بيت الله الحرام
١٤	فصول فومن نذر الحج راكباً
١٦	فصل فومن نذر لأتى إلى مسجد النبي ﷺ
١٧	مسألة فومن نذر عتق رقبة
١٨	فصل ما لو نذر هدياً مطلقاً
١٩	فصل من نذر هدياً لزمه إيصاله إلى مساكن الحرم
١٩	فصل ما لو نذر أن يهدى إلى غير مكة
٢٠	مسألة ما لو نذر صوم شهر من يوم يقدم فلان
٢١	فصل لو نذر أن يحج العام وعليه حجة الإسلام
٢١	مسألة لو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان ففطر أو أضحى
٢٣	فصل ما لو قال لله على صوم يوم العيد
٢٣	مسألة وإن وافق قدومه يوم من أيام التشريق
٢٣	فصل وإن قال لله على صوم يوم يقدم فلان أبداً
٢٤	فصل لو نذر صوم سنة بينهما
٢٥	مسألة ما لو نذر أن يصوم شهراً متتابعاً
٢٦	فصلان ما بين الهلالين شهر

٢٧	مسألة لو نذر صوم شهر بعينه فأفطر يوماً
٢٨	فصل فيمن جن جميع الشهر للعين
٢٨	مسألة فيمق نذر أن يصوم فمات قبل أن يصوم
٢٩	قضاء النذر عن الميت
٣٠	فصل فيمن نذر أن يطوف طي أربع
٣١	فصلان فيمن لو نذر صوم الدهر وفي صيغة النذر
٣٢	(كتاب القضاء)
٣٢	فصل والقضاء من فروض الكماليات
٣٣	فصل وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه
٣٣	فصل في ضروب الناس في القضاء
٣٤	فصل يجوز للقاضي أخذ الرزق
٣٥	فصل بحث للقضاء إلى الأمصار
٣٦	مسألة في شروط القاضي
٣٨	مسألة في شروط الاجتهاد
٣٩	فصلان في أنه ليس من شروط الحاكم كونه كاتباً وينبغي للحاكم أن يكون قوياً من غير عنف ليناً من غير ضعف
٤٠	فصل للقاضي أن يلتزم الخصم إذا التوى
٤٠	فصل وإن ولي الإمام قاضياً في غير بلده
٤٢	فصل فيما ينظر فيه الحاكم أول مجلته
٤٣	نظر القاضي في أمر الأوصياء
٤٤	مسألة لا يحكم القاضي بين اثنين وهو غضبان
٤٥	مسألة فيما إذا نزل بالقاضي أمر مشكل
٤٧	فصل في المشاورة لاستخراج الأدلة
٤٧	فصل يستحب أن يحضر أهل العلم مجلس القاضي
٤٨	مسألة لا يحكم الحاكم بجلته
٥٠	ما يحكم القاضي فيه بجلته وما لا يحكم فيه
٥٠	الاستشهاد على أن القاضي لا يحكم بجلته
٥٠	مسألة ما ينقضه القاضي من حكم غيره
٥١	للقاضي أن ينقض ما تبين له خطؤه من قضاء غيره



صفحة	
٥١	لا ينقض القاضي حكم غيره لمخالفة اجتهاده
٥٢	فصل فيما لو تغير اجتهاد القاضي قبل الحكم في الحادثة
٥٢	فصل ليس على الحاكم تتبع من كان قبله
٥٣	فصل حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته
٥٤	فصل حكم ما لو استعدى رجل على رجل إلى الحاكم
٥٥	فصل في المستعدى عليه
٥٥	حكم دلو كان للدعي عليه غائباً
٥٦	فصل دلو استعدى الحاكم على الحاكم للمزول
٥٦	فصل فيما لو ادعى أن الشهود شهود زور
٥٧	مسألة فيما لو شهد عند القاضي من لا يعرفه
٥٧	شروط الشاهد
٥٩	فصل لا بد من معرفة إسلام الشاهد
٥٩	فصل فيما لو شهد عند الحاكم مجهول الحال
٦٠	مسألة وإن عدله اثنان وجرحه اثنان
٦٠	فصل لا يقبل التعديل والجرح إلا من اثنين
٦١	فصل لا يكفي أن يقول لأعلم منه إلا الخبر
٦١	فصل لا يقبل التعديل إلا من أهل الخبرة الباطة
٦١	فصل لا بد من ذكر أسباب الجرح
٦٢	فصل لا يقبل الجرح والتعديل من النساء
٦٣	فصلان ولا يقبل الجرح من الخصم ولا تقبل شهادة للتوسمين
٦٣	فصلان ليس للحاكم ترتيب شهود لا يقبل غيرهم ولا بأس أن يعط الشاهدين
٦٤	مسألة يكون كاتب القاضي عدلاً وكذلك قاصه
٦٥	فصل وإذا تراءى إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما صاحبه فقال للقر له للحاكم اشهد لي
٦٥	صفة المحضر
٦٦	صورة السجل
	فصول في جعل شيء من بيت المال برسم ما يكتب فيه المحاضر والسجلات ، ذكر أحد الخصمين أن
٦٧	حجته في ديوان الحكم ، ادعاء أحد الخصمين أن الحاكم - حق أن حكم له وذكر الحاكم ذلك

صفحة	
٦٨	مسألة في عدم قبول الهدية للقاضي
٦٩	فصل في الرخوة في الحكم ورخوة العالم
٦٩	لا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع ولا الشراء
٧٠	فصل يجوز للقاضي حضور الولائم وعبادة الرضى وشهود الجنائز
٧١	مسألة وجوب العدل بين الخصمين النخ
٧٢	السنة بين الخصمين في الجلوس بين يدي القاضي
٧٣	فصل في ترتيب الخصوم عند القاضي
٧٤	فصل فيما لو كان في الخصوم مسافرون
٧٥	فصل لا يسمع الحاكم الدعوة إلا محررة
٧٦	فصل وإذا حرر الدعوى دعواه فلحاكم أن يسأل خصمه الجواب
٧٧	تفريق الشهود وأول من فعله
٧٨	حكم ما لو كان الحق لجماعة فرضوا يمين واحدة
٧٩	حكم ما لو قال للدعى لى بينة غائبة
٨٠	مسألة فيما لو حكم القاضي على رجل في غير عمله
٨٠	كتابة القاضي إلى القاضي
٨٢	كتابة الحاكم بثبوت البينة أو الإقرار بالدين
٨٢	فصل فيمن استوفى الحق من المحكوم عليه النخ
٨٣	قبول الكتاب من قاضى مصر إلى قاضى مصر
٨٣	فصل في صفة كتاب القاضي إلى القاضي
٨٤	مسألة لا يقبل كتاب القاضي إلا بشهادة عدلين
٨٥	كتاب مذكرة بالشهادة
٨٦	تغير حال القاضي بفسق
٨٨	مسألة فيما لو نحاكم إلى القاضي أعجميان
٨٨	أمر النبي (ص) بتعلم كتابة يهود
٨٩	مسألة فيما لو قال كنت حكمت في ولايتى فلان النخ
٩٠	فصل فيما لو أخبر القاضي بحكمه في غير موضع ولايته
٩٠	فصل فيما لو ولي الإمام قاضياً ثم مات
٩١	فصل للإمام تولية القضاء في بلد غيره

صفحة	
٩٢	فصل ويجوز أن بولى الإمام قاضياً عموم النظر فى خصوص العمل
	فصول وإذا قال الإمام من نظر فى الحكم من فلان وفلان فقد وليته ، ولا يجوز أن يقلد القضاء على
٩٣	أن يحكم بمذهب بعينه ، ويجوز تفويض الإمام إلى إنسان بتولية القضاء
٩٣	فصل ليس للحاكم أن يحكم لنفسه
٩٤	فصل فيما لو تحكم رجلان إلى رجل حكماء بينهما ورضاء
٩٥	مسألة فى الحكم على الغائب
٩٦	فصل لأقضاء على الغائب إلا فى حقوق الأديمين
٩٧	فصل فى الحاضر فى البلد
٩٩	﴿ كتاب القسمة ﴾
٩٩	مسألة وإذا أتاها شريكان فى ربيع أو نحوه
١٠٠	فصل قسمة الكيلات وللوزونات
١٠٠	فصل فى قسمة الأجناس المختلفة
١٠١	فصل فى معنى القسمة
١٠٢	مسألة فيما لو سأل شريكه القسمة فامتنع
١٠٣	حكم ما لو أمكن تعديل السهام
١٠٣	اختلاف للضرر للنازع من القسمة
١٠٤	حكم ما لو طلب القسمة للمستضر بها
١٠٥	حكم ما لو عدمت شروط القسمة أو أحدها
١٠٦	فصل فيما إذا كانت دار بين اثنين علوها وسفلها
١٠٦	» فيما لو كانت بينهما دار أو خان
١٠٦	» فيما لو كانت بينهما أرض واحدة
١٠٨	فصل فيما لو كانت بينهما أرض قيمتها مائة الف
١٠٨	مسألة فى طرح السهام إذا قسم
١٠٩	أقسام قسمة الإيجاب
١٠٩	اختلاف السهام والقيمة
١١٣	فصل فيما لو ظهر فى نصيب أحدهما عيب وفصول أخرى فى القسمة

صفحة	
١١٧	( باب الحضانة )
١١٧	مسائل وفصول في ترتيب من لهم حق الحضانة
١٢١	مسألة التزويج بالأجنبي يسقط الحضانة
١٢٥	مسائل وفصول فيما لو اختار للعلام أباه وشروط تخيير اللام
١٢٨	( كتاب الشهادات )
١٢٨	فصل تحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية
١٢٩	م تحمل الشهادات واجب مع انتفاء الضرر
١٢٩	مسألة شهود الزنا وما يشترط فيهم
١٣٠	لا يقبل فيما سوى الأموال أقل من رجلين
١٣١	ما يعتبر في شهود المقوبات وغيرها
١٣١	فصل ما يثبت به الإعسار والوصية
١٣٣	مسألة لا يقبل في شهادة الأموال أقل من رجل وامرأتين الخ
١٣٣	فصل يثبت المال لدعيه بشاهد وبيمين عند أكثر أهل العلم
١٣٤	فصول في الشهادة
١٣٥	فصل ما لو ادعى رجل على آخر سرقة نصاب من حرزه الخ
١٣٦	فصل فيما لو ادعت جارية في يد رجل أنها أم ولده
١٣٦	مسألة تقبل شهادة امرأة عدل فيما لا يطلع عليه الرجال
١٣٧	فصل فيما يجوز في شهادة المرأة الواحدة
١٣٨	مسألة فيمن لزمته الشهادة
١٣٩	فصل لا يجوز لمن له كفاية أخذ الجمل على الشهادة
١٣٩	مسألة مدرك الفعل الذي تقع به الشهادة الرؤية والسمع
١٤٠	فصل المرأة كالرجل في جواز الشهادة عليها
١٤١	فصل لو عرف الشاهد خطه ونسى أنه شهد به
١٤١	مسألة في الشهادة على ما تظاهرت به الأخبار
١٤١	الشهادة بالاستفاضة
١٤٢	فصل إذا كان في يد رجل دار يتصرف فيها تصرف المالك جازت الشهادة أنها له
١٤٣	فصل فيما لو عهد عدلان أن فلاناً مات وخلف الخ

١٤٥	مسألة شروط الشهادة
١٤٥	نوعا القسوق وأضرب المختلفين
١٤٧	فصل في شهادة للبدوى على القروى الخ
١٤٨	مسألة العدل من لم تظهر منه ريبة
١٤٩	بيان ما يسقط المروءة من الأخلاق والعادات والحرف
١٥٠	فصل لعب الردشير يرد الشهادة وكذا كل لعب فيه قمار
١٥١	فصل الشطرنج كالنرد في التحريم ورد الشهادة
١٥٢	فصل اللاعب بالحمام لا شهادة له
١٥٢	د في للسابقة للشروعة
١٥٣	د في اللامى
١٥٥	د في حكم الغناء
١٥٦	د الحداء والشعر
١٥٨	ليس في إباحة الشعر خلاف
١٥٩	الشعر للمدوح والذموم
١٦٠	فصل في قراءة القرآن بالألحان
١٦١	القدر الذى يباح من تلحين القرآن والتغنى به
١٦٣	فصلان لا تقبل شهادة الطفلى ومن سأل دون أن تحمل له المسألة
١٦٤	فصل من فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه لم ترد شهادته
١٦٤	مسألة تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر الخ
١٦٥	كيفية الشهادة على الوصية حين لاوت
١٦٦	مسألة فيما لا تجوز فيه شهادة الكفار على السلم
١٦٦	السلام في شهادة أهل الكفر به ضمهم على بعض
١٦٧	مسألة لا تقبل شهادة خصم ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها
١٦٨	فصل فيما لو شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه
١٧٠	مسألة لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط
١٧٠	تجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت
١٧١	فصل فيما لو تحمل الشهادة ثم عمى

١٧١	فصل لا تجوز شهادة الأخرس بحال
١٧٢	مسألة وفصول لا تجوز شهادة الوالدين للولد الخ
١٧٤	» لا تجوز شهادة العبد لسيد ولا السيد لعبد
١٧٤	» لا تجوز شهادة الزوج لامرأته والمرأة لزوجها
١٧٥	فصول ومسألة شهادة الأخ لأخيه جائزة والعم والحال والصديق
١٧٥	تجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود
١٧٦	التعليق لجواز شهادة العبد
١٧٧	فصل حكم المكاتب والمذنب وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن
١٧٧	مسألة في شهادة ولد الرنا
١٧٨	مسألة إذا تاب القاذف قبلت شهادته
١٨٠	فصل القاذف في الشتم ترد شهادته
١٨٠	مسألة في قبول توبة من تاب وتوبته أن يكذب نفسه
١٨١	التوبة ضربان باطنة وحكيمة
١٨٣	فصل لا يشترط في التوبة إصلاح العمل
١٨٤	مسألة من ردت شهادته وهو غير عدل لم تقبل وهو عدل
١٨٤	فصل فيما لو شهد السيد لمكاتبه فردت الشهادة الخ
١٨٥	مسألة فيما لو شهد وهو عدل فلم يحكم بها حتى تغير
١٨٦	» في شهادة المدل على المدل
١٨٨	شروط شهادة المدل على المدل
١٩١	فصل في كيفية أداء الشهادة على الشهادة
١٩١	شهادة المرأة على المرأة
١٩١	فصل لا يقبل على شاهد أصل إلا شاهدا فرع
١٩٣	مسألة في الشهادة على من صممه يقر بحق
١٩٤	فصل الحقوق ضربان
١٩٥	» فيمن كانت عنده شهادة لأدى
١٩٥	» لفظ الشهادة في أدائها
١٩٥	مسألة وتجوز شهادة المستخفي إذا كان عدلا

صفحة	
١٩٦	(كتاب الأفضية)
١٩٦	مسألة فيما لو هلك رجل وخلف ولدين ومائتى درهم فمخ
١٩٦	و ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه دين فمخ
١٩٧	فصل فيما لو حلف أحد الابنين مع الشاهد الفمخ
١٩٨	فصل فيما لو خلف أبوين وثلاثة بنين وداراً فادعى البنون وقفاً عليهم
٢٠١	مسألة فيمن ادعى دهموى وذ كر أن بينته بالبعد منه الفمخ
٢٠١	فصل فيما لو طلب المدعى حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل
٢٠٢	مسألة في اليمين التى يبرأ بها للمطوب
٢٠٤	في كيف يقسم لإهودى والنصرانى
٢٠٤	تنظيف الأيمان
٢٠٥	الشهادة بالوصية في السفر وللواضع التى خالفت فيها القياس
٢٠٧	مسألة يحلف للرجل على البت ويحلف الوارث على العلم
٢٠٨	فصل فيما لو توجهت عليه يمين هو فيها صادق
٢٠٩	في الحلف الكاذب
٢١٠	يعين الحالف على حسب جوابه
٢١٠	لا تدخل اليمين النياية
٢١١	فيما لو نكل من توجهت عليه اليمين وقال لى بينة
٢١٢	فيما لو حلف ثم قال إن شاء الله
٢١٣	الحقوق ضربان
٢١٤	الحقوق للمالية
٢١٤	مسألة فيما لو شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها
٢١٥	فصل في الشهادة على فعلن
٢١٥	فيما لو كانت الشهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمانه أو مكانه
٢١٦	في الشهادة على الإقرار
٢١٧	في الاختلاف في الشهادة بالزمان
٢١٨	في الشهادة بالنكاح
٢١٩	مسألة فيما لو عهدا بجرح أو قتل ثم رجعا

صفحة	
٢١٩	فصل في الرجوع عن الشهادة بعد الاستيفاء
٢٢١	» فيما لو رجع أحد الشاهدين وحده
٢٢٢	مسألة فيما لو كانت شهادتهما بمال
٢٢٢	» إذا كان المحكوم به عبداً غرماً قيمته
٢٢١	فصل فيما لو شهدا على امرأة بطلاق أو بنكاح فعلم به ثم رجعا
٢٢٣	فصل في اللواضع التي يجب الضمان فيها على الشهود بالرجوع
٢٢٥	» فيما لو حكم الحاكم بشهادة رجل وامرأتين
٢٢٥	» فيما لو شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان الخ
٢٢٠	» فيما لو شهد شاهداً فرع على شاهدي أصل الخ
٢٢٧	فصل فيما لو حكم الحاكم بشاهد وبعين فرجع الشاهد
٢٢٧	مسألة فيما لو قطع الحاكم يد السارق بشادة اثنين ثم بان أنهما كافران
٢٢٩	فصل فيما لو شهد بالزنا أربعة الخ
٢٢٩	» فيما لو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان فسقهما
٢٣١	مسألة فيما لو ادعى العبد أن سيده اعتقه
٢٣١	» في شهادة الزور
٢٣٤	» فيما لو غير العدل شهادته بحضرة الحاكم
٢٣٥	» فيما إذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسة
٢٣٧	» فيمن ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده شهادة
٢٣٨	مسألة فيما لو مات رجل وخلف ابناً وألف درهم
٢٣٩	» في إشارة للريض بالإقرار
٢٣٩	» ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى ببينة بعد ذلك
٢٤٠	» وإذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم
٢٤٠	» في شهادة الطبيب على للوضعة
٢٤٢	﴿ كتاب الدعاوى والبيئات ﴾
٢٤٢	مسألة لا يستحلف على النكاح
٢٤٣	فصل فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة
٢٤٣	فصل فيما لو ادعت المرأة النكاح وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح في ليلة واحدة



صفحة	
٢٤٤	فصل في سائر العقود غير النكاح من حيث الكشف وذكر الشروط
٢٤٥	مسألة فيما لو ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد بيعة
٢٤٦	فصلان في البيعة
٢٤٧	فصل فيما لو ادعى الخارج أن الدابة مملوكة
٢٤٨	فصل فيما لو ادعى زيد هاة في يد عمرو
٢٤٨	فصل فيما لو كان في يد رجل عاة فادعاه رجل
٢٤٩	مسألة فيما لو كانت الدابة في أيديهما فأقام كل منهما بيعة أنها له
٢٥٠	فصل فيما لو عهدت إحداها أنها له منذ سنة
٢٥١	فصل لا رجع إحدى البيعتين بكثرة العدد
٢٥٢	فصل فيما لو كان في أيديهما دار فادعاهما أحدهما كلها
٢٥٢	فصل فيما لو كانت الدار في يد ثلاثة الخ
٢٥٤	فصل فيما لو كانت الدار في يد أربعة الخ
٢٥٥	مسألة فيما لو كانت الدابة في يد غيرها واعترف أنه لا يملكها
٢٥٦	فصل فيما لو أنكرها من العين في يده
٢٥٧	فصل فيما لو كان في يد رجل دار فادعاهما نفسان
٢٥٧	فصل فيما إذا تداعيا عيناً الخ
٢٥٩	فصل فيما لو ادعى أحدهما أنه اغتراه زيد بمائة
٢٥٩	فصل فيما لو كانت دار في يد رجل فادعى عليه رجلان
٢٥٩	فصل فيما لو ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف
٢٦٠	فصل فيما لو مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا لليت
٢٦١	فصل فيما لو ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك
٢٦١	فصل إذا قال لبيده إن قتلت فأنت حر
٢٦٢	فصل إذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته الخ
٢٦٤	فصل فإن خلف للريض ابنين لا وارث له سواهما فشهدا الخ <sup>١</sup>
٢٦٥	فصل فإن شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعتق سالم
٢٦٦	فصل ولو شهدت بيعة عادلة أنه وصى يزيد بثلاث ماله
٢٦٦	فصل فيما لو شهد شاهدان أنه وصى يزيد بثلاث ماله

صنحة

- ٢٦٧ مسألة فيما لو كان في يده دار فادعاه رجل فأقر بها لغيره
- ٢٦٨ فصل فيما لو طلب للدعى أن يكتب له محضراً بما جرى
- ٢٦٩ » وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخاً له غائباً
- ٢٧٠ » وإذا اختلف في داره في يد أحدهما وأقام أحدهما بيعة الخ
- ٢٧١ » وإن ادعى أمة أنها له الخ
- ٢٧١ » وإذا كانت في يد زيد دار فادعاه عمرو
- ٢٧٢ » وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه
- ٢٧٢ » وإن ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما
- ٢٧٣ » ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها
- ٢٧٤ » وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف
- ٢٧٥ مسألة ولو مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً
- ٢٧٦ » وإن أقام للمسلم بيعة أنه مات مسلماً الخ
- ٢٧٧ فصل وإن خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً
- ٢٧٨ مسألة وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها مات قبل ابنها الخ
- ٢٧٩ فصل ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها
- ٢٨٠ مسألة ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً
- ٢٨١ » ما لو دخل إلينا أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض
- ٢٨١ وجوه الإقرار بالنسب
- ٢٨٣ » فيما لو اختلف الزوجان في مناع البيت
- ٢٨٤ فصل وإذا كان في المدكان نجار وعطار
- ٢٨٥ » وإذا كان الحياط في دار غيره فاختلفا في الإبرة واللقص
- ٢٨٥ » وإذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها
- ٢٨٦ مسألة ومن كان على أحد حق وقد ر له على مال
- ٢٨٩ فصل ولو ادعى إنسان على إنسان حق وأقام به شاهدين الخ
- ٢٨٩ » وإن ادعى المبد أن سيده أعنته

صفحة	
٢٩٠	﴿ كتاب العتق ﴾
٢٩٣	فصل بيان ما يحصل به العتق
٢٩٥	« إن قال لأكبر منه هذا ابني »
٢٩٦	« يصح العتق من كل من يجوز تصريفه في المال »
٢٩٦	« لا يصح العتق من غير المالك »
٢٩٧	مسألة وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه
٢٩٨	فصل إذا قال أحد الشركاء للعبد إن دخلت الدار فنصيب منك حر
٢٩٨	مسألة في ما لو أعتق أحد الشركاء نصيبه وهو موسر
٢٩٩	فصل ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين
٣٠٠	مسألة فإن أعتقه بعد عتق الأول النخ
٣٠٢	فصل القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق
٣٠٢	« في المتبر من اليسار »
٣٠٢	« إذا قال شريك لشريكه إذا أعتقت نصيبك فأعتق نصيبي »
٣٠٣	مسألة وإن أعتقه الأول وهو معسر والثاني وهو موسر
٣٠٥	فصل في العتق بالسعاية
٣٠٥	مسألة ولو كان المعتق الثاني معسراً
٣٠٦	فصل حكم من أعتق بعضه
٣٠٧	مسألة وإذا كان العبد بين شريكين فأدهى كل واحد أن شريكه أعتق
٣٠٧	فصل وإن اشترى أحدهما نصيب الآخر
٣٠٨	« وكل من شهد على صيد عبد بعتق عبده ثم اغتراه »
٣٠٩	مسألة وإن كان الشريكان موسرين النخ
٣٠٩	فصل وإن كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً
٣١٠	« وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه »
٣١٠	مسألة وإذا مات الرجل وخلف ابنين وعبدان
٣١٠	أحوال العتق في الرض
٣١١	مسألة وإذا كان لرجل نصف عبد وآخر ثلثه وآخر مدسه
٣١٢	« وإذا كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما »

صفحة

٣١٣	فصل في قيمة الولد ومهر الأمة إذا أصابها أحدهما
٣١٤	مسألة وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه بشير لليراث وهو موسر
٣١٥	فصل وإن ورث العبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما
٣١٦	فصل وإذا باع عبداً لدى رحمه وأحببى
٣١٦	فصل وإذا كان لرجل نصف عبيدين متساويين
٣١٧	فصل وإن شهد شاهدان على ميت يعتق عبد
٣١٧	مسألة وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته
٣٢٠	القرعة وما ورد من السنة فيها
٣٢١	فصل في كيفية القرعة
٣٢٤	فصل وإن كان على لليت دين يحيط بالتركة
٣٢٤	فصل وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم
٣٢٥	مسألة ولو قال في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر
٣٢٧	• وإذا ملك نصف عبد فدبره
٣٢٧	• في حكم ما لو دبر بمضه وهو مالك لملكه
٣٢٨	• ولو أعتقهم وثلاثة يحتملهم ثم ظهر عليه دين
٣٢٩	فصل وإن أعتق للريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم
٣٣٠	مسألة ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحداً الف
٣٣٠	فصل وإذا وصى يعتق عبداً له يخرج من ثلثه
٣٣١	فصل فإن علق عتق عبده على شرط
٣٣١	فصل وإذا أعتق عبداً وللعبد مال
٣٣٢	مسألة وإذا قال لعبد أنت حر في وقت سماء
٣٣٢	فصل وإذا قال لعبد إذا لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر
٣٣٣	فصل وإذا قال لعبد إن دخلت الدار فأنت حر
٣٣٤	فصل وإذا قال لعبد أنت حر متى هنت
٣٣٥	فصل في أحكام تعلق العتق
٣٣٧	فصل وإذا قال لعبد أنت حر وعليك ألف
٣٣٨	فصل وإذا علق عتق أمته وهي حامل

صفحة	
٣٣٨	مسألة وإذا أسلمت أم ولد النصرانى الفخ
٣٣٩	» وإذا قال لأمنه أول ولد تلدينه فهو حر
٣٣٩	فصل فيما لو قال أول غلام أملكه فهو حر
٣٤٠	فصل فيما لو قال آخر عبد أملكه فهو حر
٣٤٠	مسألة وإذا قال عبد لرجل اشترى من صيدى بهذا اللال
٣٤١	فصل ولو كان عبد بين شريكين فأعطى أحدهما خمسين ديناراً ويعتق نصيبه
٣٤١	» ولو وكل أحد الشريكين شريكه فى عتق نصيبه
٣٤٢	﴿ كتاب التدبير ﴾
٣٤٢	مسألة وإذا قال لعبده أو أمنه أنت مدبر الفخ
٣٤٣	فصل يعتق للدبر بعد اللوت من ثلث اللال
٣٤٣	» يجوز التدبير مطلقاً ومقيداً
٣٤٤	حكم ما لو قال إن دخلت الداو بعد موتى فأنت حر
٣٤٥	» فإن قال أنت حر بعد موتى بشهر
٣٤٥	» إذا قال لعبده إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى
٣٤٦	» إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر أو لا ؟
٣٤٧	» إذا دبر كل واحد نصيبه فمات أحدهما
٣٤٨	مسألة لا يجوز بيع للدبر فى الدين وقيل يجوز
٣٤٩	» فى بيع للدبرة
٣٤٩	» فإن اشتراه بعد ذلك رجع فى التدبير
٣٥٠	» فيما لو دبره ثم قال قد رجعت
٣٥١	فصل وإن ارتد الدبر وألحق بدار الحرب
٣٥٢	» فإن ارتد سيد للدبر
٣٥٢	مسألة ما ولدته المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلها
٣٥٣	فصل فإن علق عتق أمنه بصفة
٣٥٣	» وإذا ولدت المدبرة فرجع فى تدبيرها
٣٥٤	» كسب الدبر فى حياة سيده لسيده
٣٥٥	مسألة لسيده إصابة المدبرة

منحة

٣٥٥

مسألة في إنكار التدبير

٣٥٦

» وإذا دبر عبده ومات وله مال

٣٥٧

فصل وإن كان المدبر عبدين وله دين آخر

٣٥٨

فصول في التدبير

٣٥٨

مسألة في التدبير من لصي

٣٦١

» وإذا قتل المدبر سيده

٣٦١

فصل فأما سائر جنبايات المدبر غير جائزة

٣٦٢

» وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه

٣٦٤

﴿ كتاب المكاتب ﴾

٣٦٥

فصل إذا سأل العبد سيده مكاتبته

٣٦٧

» لا تصح الكتابة إلا بمن يصح تصرفه

٣٦٨

» وإذا كاتب الذي عبده المسلم

٣٦٩

» وإن كاتب الحر عبده

٣٧٠

» وإن كاتب المرتد عبده

٣٧٠

مسألة وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم

٣٧٥

فصل فيما يجوز عليه الكتابة

٣٧٥

» تصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة

٣٧٦

فصول في حكم مالو كاتبه

٣٧٧

مسألة وولاؤه لمكاتبه

٣٧٧

» في إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه

٣٧٨

مقدار ما يعطى المكاتب مما كوتب عليه

٣٧٩

فصول في جنس ما يعطاه المكاتب ووقت جوازه ووجوبه

٣٧٩

مسألة وإن عجلت الكتابة قبل عملها

٣٨١

فصل إذا حضر المكاتب مال الكتابة فقال السيد هذا حرام

صفحة	
٣٨٥	فصل قتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة
٣٨٥	مسألة إذا مات السيد كان العبد على كتابته
٣٨٧	مسألة في ولاء للمكاتب لسيد
٣٨٧	فصل لو أعتق الورثة المكاتب صح عتقهم
٣٨٨	» إذ باع الورثة المكاتب أو وهبوه
٣٨٨	» إن أوصى السيد بمال الكتابة لرجل صح
٣٨٨	» إذا مات وخلف رجلين وعبدًا الخ
٣٩٠	مسألة لا يمنع للمكاتب من السفر
٣٩١	فصل فإن شرط السيد على المكاتب ألا يسافر
٣٩١	مسألة ليس للمكاتب أن يتزوج إلا بإذن سيده
٣٩٢	فصل ليس للمكاتب التمسرى بغير إذن سيده
٣٩٣	فصل ليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه
٣٩٤	فصل ليس للمكاتب إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده
٣٩٥	فصل المكاتب مجبور عليه في ماله
٣٩٥	فصل ليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده
٣٩٦	فصل ليس للمكاتب أن يبيع نفسه
٣٩٧	فصل للمكاتب البيع والشراء بإجماع من أهل العلم
٣٩٧	مسألة في الربا بين العبد وسيد
٣٩٨	فصل فإن كان لاسل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين
٣٩٨	مسألة لا يجوز وطء المكاتبه من غير شرط ذلك في الكتابة
٣٩٩	فصل في ما لو شرط وطأها
٤٠٠	فصول في وطء المكاتبه وبناتها وجارياتها
٤٠١	مسألة إن وطء السيد مكاتبته ولم يشترط أدب
٤٠٢	» فإن علقت المكاتبه من سيدها
٤٠٣	فصل وإن أعتق السيد المكاتبه
٤٠٣	فصل وإذا كانت بين شريكين فكتابها ووطئها أحدهما
٤٠٥	فصل فإن وطئها جميعاً

صفحة	
٤٠٦	فصل فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما
٤٠٧	فصل فإن اختلفا في السابق منهما
٤٠٨	فصل فإن وطئها معاً فأنت بولد
٤٠٩	أقسام فيما لو وطئها معاً فأنت بولد
٤٠٩	مسألة وإذا كاتب نصف عبد
٤١١	فصل وإذا كان العبد كله ملكاً لرجل
٤١١	» وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معاً
٤١٢	» ليس للكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر
٤١٤	» إن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ
٤١٥	مسألة في زكاة مال المكاتب إذا عتق
٤١٥	» وإذا لم يؤد المكاتب عجزه للسيد
٤١٦	فصل فأما إن حل نجم واحد فعجز عن أدائه
٤١٧	» وإذا حل النجم وماله حاضر عنده
٤١٨	» وإذا حل النجم والمكاتب غائب
٤١٨	» وإذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً
٤١٩	مسألة ما قبض من نجوم كتابته استقبل به حولا
٤١٩	» حكم ما لو جنى المكاتب جنابة
٤٢١	فصل وإذا جنى المكاتب جنابات
٤٢٢	» فإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس
٤٢٢	» وإن اجتمع على المكاتب أرش جنابة وضمن مبيع أو عوض النخ
٤٢٣	» فإن ملك المكاتب ابنه
٤٢٣	» فإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض
٤٢٥	» وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس
٤٢٦	» وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش وجنابات
٤٢٧	مسألة وإذا كاتبه ثم دبره النخ
٤٢٧	فصل إذا قال لمكاتبه متى عجزت بعد موتى فأنت حر
٤٢٨	» وإذا كاتب عبداً في صحته ثم أعتقه في مرض موته



صفحة

- ٤٢٩ مسألة وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته
- ٤٢٩ فصل فإن أنكر السيد ولم يكن للعبد شاهد
- ٤٣٠ مسألة لا يكفر المكاتب بغير الصوم
- ٤٣١ • ولد المكاتب المولودون في الكتابة يتقنون بفتحها
- ٤٣٣ • في جواز بيع المكاتب
- ٤٣٦ • الكتابة لا تنفسح بالبيع
- ٤٣٦ فصل بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه لا يسح
- ٤٣٧ • وإذا كانت الكتابة ذات ولد يقبها فباعها مآ
- ٤٣٧ • وإن وصى بالمكاتب لرجل
- ٤٣٨ • وإن وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر
- ٤٣٨ • في صحة الوصية للمكاتب
- ٤٤٠ • مسألة وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه
- ٤٤١ فصل إذا اشترى المكاتب ذا رجة فكسبهم له
- ٤٤١ • وإن وهب للمكاتب بعض ذوى رحمه
- ٤٤٢ مسألة وإذا كان العبد لثلاثة فقال يعموني نفسي الخ
- ٤٤٣ فصل وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه على مائة فادعى دفعها
- ٤٤٤ • فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما
- ٤٤٥ • وإن اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب
- ٤٤٦ مسألة وإذا قال السيد كاتبك على النفي
- ٤٤٦ فصل وإن اختلفا في أداء النجوم
- ٤٤٧ • وإن كاتب عبيدين واستوفى من أحدهما
- ٤٤٨ • إذا كان للمكاتب أولاد من معتق آخر غير سيده
- ٤٤٧ • وإذا اعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما في طئها
- ٤٤٩ مسألة في تمجيل للمكاتب بعض كتابته لسيده
- ٤٤٩ فصل فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين
- ٤٥٠ • فإن صالح للمكاتب سيده عما في ذمته بغير جلسه
- ٤٥٠ مسألة وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما الخ

صفحة	
٤٥٢	فصل إن كان للمعتق معسر لم يسر عتقه
٤٥٢	مسألة وإذا عجز للكاتب ورد في الرق النخ
٤٥٣	فصل موت للكاتب قبل الأداء كمجزه
٤٥٤	مسألة وإذا اشترى للكاتبان كل واحد منهما الآخر النخ
٤٥٥	فصل وإذا كاتب عبداً له صفة واحدة
٤٥٦	» فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه
٤٥٧	مسألة وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء
٤٥٩	فصل وإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته
٤٥٩	» وإن شرط عليه خدمة معلومة
٤٥٩	مسألة وإذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده النخ
٤٦٢	فصل أحكام الكتابة للفاسدة
٤٦٥	﴿ كتاب عتق أمهات الأولاد ﴾
٤٦٦	فصل فإذا وطئ الرجل أمة فأنت بولده بعد وطئه بستة شهور
٤٦٨	» وإن اعترف بوطء أمة في الدبر أو دون الفرج
٤٦٨	مسألة وأحكام أمهات الأولاد أحكام الإماء إلا النخ
٤٧١	فصل في قول من أجاز بيع أم الولد
٤٧١	مسألة وإذا أصاب الأمة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملاً النخ
٤٧٣	فصل فيمن اعترى جارية حاملاً من غيره فوطئها
٤٧٣	» وإذا وطئ الرجل جارية ولده
٤٧٥	» فإذا وطئ الولد جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها
٤٧٥	» وإن زوج أمة ثم وطئها
٤٧٦	مسألة وإذا خلقت منه بحر في ملكه النخ
٤٧٨	مسألة فإذا ماتت صارت حرة وإن لم يملك غيرها
٤٧٨	فصل ولا فرق بين المسلمة والكافرة النخ
٤٧٩	مسألة وإذا صارت أم ولد ثم ولدت من غيره
٤٨٠	» إذا أحملت أم ولد النصراني منع من وطئها
٤٨١	» وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها فهو لورثة سيدها

صفحة

٤٨١

مسألة فبا لو أوصى لها بما فى يدها

٤٨٢

» وإذا مات عن أم ولده فعدت حصة

٤٨٢

» وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها

٤٨٣

» فإن عادت لجنت

٤٨٣

» ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة

٤٨٤

» للرجل تزويج أم ولده وإن كرهت

٤٨٤

» لا حد على من قذف أم الولد

٤٨٥

» وإن صلت مكشوفة الرأس كره الخ

٤٨٥

» وإذا حكم ما لو قتلت أم الولد سيدها

٤٨٧

ختم

٤٨٩

فهرس الجزء العاشر

مَطَالِبُ  
سَجْدَةِ الْعَرَبِ

٩ شارب عماد الدين . لدخل من بستان الذكوة ٩٣٢٧٦